LE LEGGI

DELLA

PROCEDURA CIVILE

DI

G. L. J. CARRÈ

NOVELLA EDIZIONE

ARRICCHITA DI NUMEROSI LAVORI CHE RADDOPPIANO LA ESTENSIONE DELLE MATERIE DELL' EDIZIONI PRECEDENTI ; NELLA QUALE SONO STATE ESAMINATE E DISCUSSE

1. LE OPINIONI DI CARRÈ ; 2. PIU' DI 5,000 DECISIONI PRONUNZIATE DAL 1821 AL 1840 ; 3. LE QUISTIONI ELEVATE DAI SIG. THOMINE-DESMAZURES , PIGEAU , DALLOZ , BOITARD , BONCENNE EC.

di Chauveau Adolphe

PRIMA VERSIONE ITALIANA

Con l' aggiunta della legislazione e giurisprudenza Belgica e delle note, appendici ec.

RISGUARDANTI LE LEGGI DI PROCEDURA PEL REGNO DELLE DUE SICILIE

DEGLI AVVOCATI

Francesco e Gennaro de Filippo

TOMO TERZO

NAPOLI
DALLA TIPOGRAFIA DI REALE
1842.

LE LEGGI

DELLA

PROCEDURA CIVILE

PARTE I. — LIB. II.

DE' TRIBUNALI INFERIORI.

TERZA SUDDIVISIONE.

Della procedura incidente risultante dalle dimande novelle avvanzate tanto dal convenuto, che dai terzi, o contro di essi, nel corso di un giudizio.

TITOLO XVI.

Degl' incidenti, ossia delle dimande incidenti, della riconvenzione, dell'intervento in causa e della dichiarazione di un giudizio comune.

Noi abbiam detto al tom. 1, pag. 240, quello che generalmente intendevasi per la parola incidente; e secondo la definizione da noi data, abbiamo considerato come altrettanti incidenti particolari, le diverse eccezioni, contestazioni o avvenimenti qualunque che sopravvengono nel corso di un giudizio.

La maggior parte fra essi non appartengono se non all' istruzione della causa, e non alterano affatto il suo stato, per rispetto al merito. Gli altri al contrario aggiungono altre contestazioni alla contestazione primitiva, e prorogano in tal guisa la giurisdizione del giudice per giudicare su tal proposito nello stesso tempo che sulla prima, e con una sola e medesima sentenza, come se uno soltanto fosse il giudizio.

Tali contestazioni, posteriormente elevate, o in occasione di un' altra contestazione portata già innanzi al tribunale, sono quelle del tit. 16 del nostro Codice chiamate *incidenti*.

Tal' *incidenti*, o avvengono fra queste medesime parti, e si chiamano *dimande incidenti* (*ved. qui appresso* §. 1); o sono elevate contro di esse da un terzo, e prendono il nome *d' intervento in causa* (*ved.* §. 2); o sono formate da una delle parti contro di un terzo che essa obbliga ad intervenire in causa, e costituiscono *l' azione della dichiarazione del giudizio comune*, intorno la quale il Codice di procedura serba silenzio.

§. I.

Delle dimande incidenti.

Dalle cose esposte ne siegue, che la dimanda incidente propriamente detta non è se non una novella dimanda, avvanzata nel corso di un giudizio principale, da una delle due parti.

Se vien prodotta dall'attore originario, con-

serva il nome di *dimanda incidente*; ma per distinguerla da quella che forma il convenuto contro l'attore, vorremmo chiamarla *dimanda addizionale*. Si rischia in effetti di confondere ed alterare le idee servendosi nel tempo stesso della medesima espressione come nomenclatura *generica* di due oggetti diversi, e *specifica* di uno di questi oggetti soltanto. Allorchè al contrario la novella dimanda vien opposta dal convenuto prende il nome *di riconvenzione* o *dimanda riconvenzionale* (1).

Essa può definirsi una dimanda che il convenuto chiamato in giudizio forma a sua volta innanzi allo stesso giudice, contro l'attore, ad oggetto di distruggere o restringere gli effetti dell'azione da quest'ultimo intentata.

È una regola da lungo tempo stabilita dalla nostra giurisprudenza, che i tribunali non possono ammettere come dimande incidenti quelle le quali debbono formare l'oggetto di un'azione principale. Siffatta regola debb'essere osservata a stretto rigore, mentre senza di essa non solamente potrebbesi eludere lo sperimento di conciliazione, in tutti quei casi dalla legge richiesti, ma verrebbesi benanche ad eternare la più semplice procedura, introducendosi a proprio talento, durante il corso del giudizio, una dimanda incidente proposta in modo da presentare molte difficoltà.

Di ogni sorta di pretensioni adunque non si può formare l'oggetto di una dimanda incidente. Avvi soltanto di quelle che servono di risposta contro la dimanda principale, oppure hanno con essa una connessione, o nascono dopo l'azione, le quali possono essere decise ed istruite incidentemente; tali sono le dimande di compensazione, quelle provvisionali, quelle fatte per pagamento di fitti scaduti, o dei danni cagionati posteriormente all'azione pricipale.

In generale, affinchè una dimanda possa essere opposta contro un'azione principale, bisogna che entrambe provvengono dalla medesima origine, dalla stessa causa o dalla medesima convenzione: *Ex eodem fonte, sive ex eodem negotio, vel eodem contractu* (2).

Nulladimeno in materia di compensazione, è a farsi un'importante osservazione; val dire, che anche quando la dimanda incidente non proceda *ex eodem fonte et negotio*, se il debito opposto in compensazione è chiaro e liquido, il tribunale commetterà la dimanda riconvenziale, per farvi dritto nello stesso tempo che deciderà sulla dimanda principale, ad oggetto, se vi ha luogo, di far succedere la compensazione.

ART. 337 † 431. *Le dimande incidenti si fanno con un semplice atto contenente i motivi e le conchiusioni con offerta di comunicarne i documenti giustificativi mediante ricevuta o depositandoli in cancelleria.*

Il reo presenta parimenti la sua risposta alla dimanda incidente con un semplice atto (3).

T. 71 — Ordin. del 1667, tit. 11, art. 17. — C. di P. art. 77, 82, 188, e seg., 406.

CCLXXIX. Con quest'articolo la legge autorizza la riunione di diverse dimande incidenti che una parte dovesse formare, e vuole che un semplice atto ne enuncii i motivi e le conclusioni, e reciprocamente che un mede-

(1) Questa parola *riconvenzione*, dice Toullier t. 7, pag. 421, not. 1, viene dal latino *convenire*, citare in giudizio, *vocare in jus*; da *convenire*, è derivata la parola *conventio*, citazione in giudizio, *vocatio in jus*. Il duplicativo riconvenire significa dunque *iterum convenire*, ed in materia di compensazione, *convenire vicissim apud eumdem judicem*. Essa, se possiamo così esprimerci, è la reazione del convenuto contro l'attore; è un'azione contraria che il primo forma contro del suo avversario.

Egli è necessario riscontrare la profonda discussione nella quale il Toullier è entrato su i principi ed effetti legali della riconvenzione (*V. tom. 7, pag. 421 e seg.*)

(2) Esempio: Un proprietario cita il suo inquilino, affinchè guarnisca la casa di sufficienti mobili. L'inquilino può rispondere, domandando che si facciano le riparazioni necessarie per render abitabile la casa, e questa domanda riconvenzionale procederà innanzi, perchè prende origine dallo stesso contratto da cui nasce la domanda principale. Ma se una persona citata pel pagamento di una somma di danaro opponesse che l'attore gli dee una servitù reale, sarebbe dichiarato non ammissibile, nella sua riconvenzione, salvo il diritto di agire con azione principale.

(3) GIURISPRUDENZA.

Allorchè si eleva un incidente in una corte reale mentre giudica in udienza solenne, la corte può rimandare ad una delle sue camere il giudizio di questo incidente (*Cassaz. 18 marzo 1817; Sirey 1818, pag. 32.*)

simo atto contenga la risposta. Col mezzo di siffatte due scritture tutto è consumato, fino a che apresi la discussione all'udienza. Ma il nostro articolo non stabilisce affatto i termini nei quali dovranno essere fatte le comunicazioni, le risposte ec.; e da ciò ne siegue, che se l'udienza ottenuta da una delle parti abbia luogo prima che l'altra avesse notificata la sua risposta, siffatta risposta è data verbalmente all' udienza, salvo al tribunale di ordinare un differimento, ove le circostanze lo richieggano. In ogni caso il differimento non dev'essere accordato se non a breve termine; poichè l'oggetto della legge è che la procedura in esame si prosegue con celerità (1).

1266. *Si può formare una dimanda incidente, allorchè una parte non ha costituito patrocinatore?*

L'art. 337, dicendo che le dimande incidenti saranno formate con un semplice atto, suppone la presenza delle parti nel giudizio principale: laddove adunque una di esse è contumace, non vi ha luogo a formare dimande di simil natura, come appunto abbiam detto nella quistione 620, tom. 1, pag. 374 (*) (*Ved. gli sviluppamenti dati su questa soluzione Quist. di Lepage*, *pag.* 221.)

1267. *Dal perchè l' art. 337 richiede che le dimande incidenti sieno notificate con atto di patrocinatore a patrocinatore, ne siegue forse che esse non sono ammesse nelle giustizie di pace e nei tribunali di commercio, in cui il ministero di patrocinatore non è riconosciuto?*

Che no senza dubbio; ma come non si fa alcuna scrittura nel corso dei giudizi pendenti in queste giurisdizioni, le dimande incidenti sono formate all'udienza. — (*Ved. Lepage*, *ubi supra*.)

1268. *Ma potrebbesi forse, anche nei tribunali di prima istanza, formare all' udienza una dimanda incidente?*

Gli autori del Comentario inserito negli Annali del Notariato, tom. 2, pag. 399, decidono l'affermativa, fondandosi sul motivo che si adempirebbero perfettamente le chiare intenzioni del legislatore, che son quelle di diminuire, per quanto è possibile, le spese che tali dimande potrebbero cagionare.

Ma la disposizione dell' art. 337 la quale esige che il semplice atto con cui formansi siffatte dimande ne contenga *i motivi e le conclusioni*, rende senza dubbio manifesta la idea del legislatore, che la parte ne fosse istruita prima dell' udienza, e potesse preparare le sue risposte, ch' egualmente può dare con un semplice atto: da ciò noi conchiudiamo, contro il sentimento dei prelodati autori, che, in generale, la parte contro di cui producesi una dimanda incidente, può opporre con successo un mezzo d'inamissibilità nascente dalla mancanza d'intimazione. — (*Ved. Quist. di dritto di Merlin*, *alla parola* in'ervento, §. 2, *tom.* 3, *pag.* 178.) (2) (**)

ART. 338 ┼ 432. *Tutte le dimande incidenti devono esser fatte simultaneamente; le spese di quelle che si facessero successivamente ed i cui motivi esistevano già all' epoca della prima dimanda, non sono rimborsate.*

Le dimande incidenti sono decise con senten-

(1) È noto che nelle *materie sommarie* non debb' esserci risposta scritta contro alla domanda incidente, poichè non se ne ha neppure contro della domanda principale.

(*) Ancorchè sieno più i convenuti non vi è luogo a dimande incidenti, se non contro la parte che ha costituito patrocinatore; e ciò non solamente per la ragione addotta dal nostro A., ma perchè non essendo comparso il convenuto, non vi è altra procedura, e debbono aggiudicarsi le conclusioni all'attore; e dopo la notificazione, se non vi è opposizione, si esegue la sentenza.

(2) Ciò era pure ammesso dalla corte di Bruss. nelle sue osservazioni sul progetto, ove diceva che le domande incidenti potevano esser fatte con atto di patrocinatore a patrocinatore, *purchè fussero notificate prima* dell' udienza.

Ma siccome possono esservi dei casi in cui le domande incidenti risolvino dalla stessa pubblica discussione, ed in cui diverrebbe necessario che la parte la facesse immediatamente, affinchè non se lo opponesse il suo silenzio; la stessa corte osservava doversi permettere di produrle all' udienza a condizione di notificarle in *giornata*, e salvo a far pagare le spese alla parte se si fosse giudicato che la dimanda avrebbe potuto farsi più presto.

Noi ammettiamo quest' eccezione fondata sulla necessità; ma osserviamo che la notificazione potrebbe esser fatta in tutto quel tempo in cui la parte convenuta nell' incidente non avesse ottenuta la sentenza la quale rigettasse la sua domanda per mancanza di notificazione. (*V. il Regolam. del* 30 *marzo* 1808, *art.* 33.)

(**) Il nostro Regolamento dei 15 nov. 1828 cogli art. 286 e 287 vieta di farsi dimande incidenti nelle sole conclusioni all' udienze. L'atto o la conclusione motivata che le contenga deve notificarsi prima della udienza alla contro parte, onde evitare le sorprese.

za preventiva, se vi ha luogo Nelle cause in cui è stata ordinata l'istruzione per iscritto, lo incidente è portato all'udienza per esservi giudicato come di ragione.

Ordin. tit. 11, art. 27. — C. di P., art. 134, 286, 288, 341, 1031.

CCLXXX. Sebbene le parti fossero libere di formare le dimande incidenti fino alla sentenza della causa principale, nulladimeno esse non debbono abusare di questa facoltà, per attraversare il corso della procedura e moltiplicare le spese Perciò l'art. 337†431 vuole che tutte le dimande che una parte può formare durante il corso di un giudizio, fossero fatte cumulativamente con un sol atto e non già successivamente.

Del resto, ogni dimanda incidente dev' essere rimessa all' udienza e preventivamente giudicata, *se vi ha luogo* (1); altrimenti si riunisce alla dimanda principale, per decidersi il tutto colla stessa sentenza (2).

1269. *Qual cosa esprime l'art. 338, disponendo che nelle cause in cui sia stata ordinata un' istruzione per iscritto, l' incidente sarà rimesso all' udienza, per esservi giudicato* COME DI RAGIONE?

La legge con queste ultime parole esprime, che il tribunale deciderà immantinenti sull' incidente, s' è possibile, o lo riunirà al merito, per giudicarvi definitivamente colla medesima sentenza. — (*Prat. tom.* 2, *pag.* 312, *ved.*, *sulla quistione di conoscere in qual modo giudicansi le dimande incidenti nelle cause da trattarsi sopra rapporto, le quist.* 443 *e* 444.)

(1) *Se vi è luogo*, vale a dire, quando la domanda incidente consista in una eccezione o quando offra a decidere una quistione la cui soluzione non lascerà nulla a giudicare sulla domanda principale. (*V. Pigeau, t.* 1, *pag.* 391.)

(2) Questa regola è invariabile, sia che la causa principale comporti unicamente la istanza ordinaria, sia che s' istruisca in iscritto; mentre dal motivo che la causa principale ha dovuto formare l'oggetto di una istruzione per iscritto, non segue sempre che sia d' uopo istruire la domanda incidente secondo lo stesso modo. Epperò qualunque siasi il genere d'istruzione della domanda principale, la domanda incidente bisogna sempre portarla all' udienza. Il tribunale esamina e risolve la quistione, se questa seconda domanda può o debb' esser giudicata con sentenza preventiva. Ma se all' opposto opina che queste due domande sono tali da non poter esser ben rischiarate se non con una medesima discussione, nè ben giudicate che con una medesima sentenza, esso ne ordina la riunione.

§. II.

Dell' intervenuto in causa (3).

Risulta da quanto abbiamo detto alla pag. 3, che l' intervento in causa è la dimanda formata da un terzo in un giudizio diggià impegnato davanti un tribunale, ad oggetto di essere ammesso come parte in siffatto giudizio per conservarvi e far valere, sia i propri dritti, sia quelli dei suoi debitori, oppure di una parte che egli deve garentire.

ART. 339 † 433. *L'intervento in causa è fatto per mezzo di un istanza che deve contenere i motivi e le conclusioni* (4). *E' data copia alle parti dell' istanza e de' documenti* (5) *giustificativi* (6).

T. 75. — Ordin., tit. 4. art. 28. — C. di P., art. 49, n. 2, 65, 406, 466, 536,

(3) Vedi appresso sull' art. 466 † 530.

(4) I *motivi* e le *conclusioni*, se la causa è ordinaria: se essa è sommaria, la domanda deve contenere la semplice conclusione motivata.

(5) Le sole copie dita colla dimanda son passate in tassa, le altre vanno a carico dell' interveniente in causa, uniformemente all'art. 65†159. (*Vedi Locrè, tom.* 2, *pag.* 4.)

(6) GIURISPRUDENZA

1. Ogni creditore iscritto sopra un fondo sequestrato, ed a cui d' altronde fu fatta la notificazione prescritta dall' art. 696 † 785 del codice di procedura, può intervenire nel giudizio relativo alla validità delle procedure pendenti tra il creditore istante ed il pegnorato. L' intervento non potrebbe essere escluso per effetto di transazione. — (*Cassaz.* 26 *dic.* 1820; *Sirey tom.* 22, *pag.* 37.)

2. Un creditore di una eredità beneficiata, già parte nel giudizio del beneficio dell' Inventario, può opporre dell' eccezioni alla dimanda de' dritti e de' crediti, sia di una vedova, sia de' creditori, con un semplice atto di chiamata all' udienza, senza intentare una dimanda principale, in conformità dell' art. 61 † 155 del codice di procedura, o senza presentare una dimanda d'intervento, ai termini dell' art. 339 † 433 dello stesso codice. In simil caso la corte può decidere sul merito. — (*Rennes* 18 *maggio* 1811.)

3. Un individuo il quale ha ricevuto un atto di appello per un congiunto, non può intervenire in

CCLXXXI. A differenza delle dimande incidenti propriamente dette, le quali si formano con un semplice atto, non si può intervenire in causa, se non con una *istanza*, e qualche volta con delle conclusioni verbali prese all' udienza, come spesso praticavasi prima della pubblicazione del Codice di procedura.

1270. *In qual caso una parte può intervenire in causa?*

Siffatta quistione risguarda piuttosto la qualità, o il dritto delle parti, anzi che le regole e le formalità della procedura; e per questa ragione siamo dispensati esporre tutti gli sviluppamenti di cui sarebbe suscettibile.

Ci basterà ricordare soltanto che la parola *Intervento* esprime l' azione colla quale una terza persona rendesi parte in una causa, in cui da principio era straniera, ad oggetto di sostenere dei dritti che potrebbero essere compromessi.

L'interveniente in causa rendesi in tal modo parte avversa, sia dell' attore o del convenuto, sia di entrambi. Berriat Saint-Prix, pag. 320, not. 4, cita a tal proposito i seguenti esempi.

1. Colui che sarebbe incaricato di pagare un legato, se un testamento fosse dichiarato valido, può intervenire nella causa in cui dimandasi la validità di questo testamento. — (*Vedi arresto della Corte di cassazione del* 23 *piovoso an.* 9.)

2. Sarebbe lo stesso del cedente, all' azione intentata dal suo cessionario contro il debitor ceduto.

3. Come del pari pel terzo proprietario, nell'aggiudicazione dei suoi beni pegnorati messi in vendita, contro del convenuto. — (*Ved. Cod. di procedura, art.*727 *e* 729† 812 e 814.

Nel primo caso l' interveniente in causa si rivolge contro l' attore; nel secondo, contro il convenuto; nel terzo, contro di entrambi.

Noi diciamo che l'interveniente rendesi parte *affin di sostenere i dritti* ec. Ineffetti un' intervento privo d'interesse non è ammissibile più di un' azione principale la quale ne fosse benanche sprovvista. In ogni caso l'interesse è la misura delle azioni e delle eccezioni — (*V. Pratic. tom.* 2, *pag.* 316.)

Egli è secondo questo principio generale che bisogna specialmente regolarsi presso che in tutt'i casi nei quali trattasi di ammettere o di rigettare un' intervento —(*V. relativamente ai particolari, il nuovo Repert., alla parola* intervento; *Pigeau, tom.* 1, *pag.* 393; *Demiau Crouzilhac, pag.* 288 *ec., e sulla quistione di conoscere quando si può intervenire in causa in grado di appello, le nostre quist. sull' art.* 466.) (1)

causa per dimandare di darglisi atto della sua dichiarazione di ritrattare l'accettazione di tale appello. — (*Rennes* 16 *maggio* 1812.)

4. Non è permesso d' intervenire in causa a colui, il quale essendo estraneo alla medesima, si pretende ingiuriato nelle memoria della parte, e voglia dimandarne la soppressione. Per ottenere siffatta riparazione egli ha unicamente il mezzo dell' azione principale. — (*Rennes*, 29 *marzo* 1808; *Sirey tom.* 12, *pag.* 108 e *sopra n.* 432.)

5. Nondimeno l' intervento in causa può aver luogo dal canto dell' avvocato di una delle parti per dimandare la repressione delle ingiurie dl. ette contro di lui nelle memorie stampate ed intimate dall' altra parte. — (*Roma* 15 *marzo* 1808; *Sirey*, *tom.* 2, *pag.* 1027.)

6. L' intervento dimandato da un procuratore in nome del mandante non è ammissibile. — (*Roano* 6 *luglio* 1811; *Sirey*, 1814, *pag.* 189.)

Nota. Ma dopo quanto abbiam detto di sopra n. 290 *osserviamo che sarebb' esso validamente dimandato, se il mandatario avesse menzionato i nomi, la professione ed il domicilio del mandante, dichiarando di agire unicamente per lui. Avviene in questo caso come per la citazione, la quale in questa circostanza non è nulla.* — (*Vedi sopra il n.* 289 e 290.)

7. Non si può prodorre un intervento in causa se non per mezzo di un istanza, e non di semplici conclusioni prese all' udienza. In effetti i motivi di eccezione dati per le dimande incidenti, quist. 1268 nota 1, non esistevano affatto per l' intervento. — (*Rennes* 29 *marzo* 1817.)

8. Allorchè gl' interventi in causa hanno lo stesso interesse e propongono gli stessi motivi dedotti dalla parte principale, possonsi loro opporre le stesse eccezioni. — (*Parigi*, 18 *febb.* 1809; *Sirey*, *tom.* 9, *pag.* 247.)

9. Il tribunale il quale ha ammessa una parte ad intervenire a sue spese in un giudizio non può colla sentenza diffinitiva condannare alle spese dell' intervento quella tra le parti principali che succombe. — (*Rennes* 2 *luglio* 1810.)

(1) Noi aggiungiamo ai già citati esempi il caso del creditore il quale, secondo l' art. 882 † 802 del codice civile, può intervenire nel giudizio di divisione, ad oggetto di evitare che la stessa sia fatta in frode de' suoi dritti; ma in questa circostanza la legge vuole ch' egli intervenga a sue spese Crediamo inoltre che in ogni altro caso un creditore avrebbe lo stesso dritto, sotto la medesima con-

1271. *Vi sono dei casi in cui possa obbligarsi taluno a spiegare un' intervento in causa?*

Le disposizioni del paragrafo che noi comentiamo sembrano far supporre che l' intervento sia sempre volontario ; ma vi sono dei casi nei quali si può costringere un terzo ad intervenire in una causa. Tal' è, per esempio, quello in cui un' individuo , a cagione del suo interesse intorno all' oggetto della causa principale , fosse ammesso a produrre opposizione di terzo alla sentenza da pronunziarsi sulla medesima. In questo caso gli si fa la citazione per *far dichiarare comune la sentenza*, onde evitare una novella lite che potrebbesi intentare rendendosi terzo opponente. — (*Ved. il nuovo Repert. di Merlin , allo parolo* intervento.)

Ma da quanto abbiam detto non rilevasi che l'azione per *dichiararsi comune la sentenza* debba essere sempre formata incidentemente; essa può essere azione principale , e così appunto avviene allorchè omettesi di chiamare in causa i terzi interessati pria della decisione della lite (1).

1272. *E' forse sufficiente , per fare l' intervento , un' istanza notificata da patrocinatore o patrocinatore , oppure è necessario benanche che siffatto istanza sia diretta al giudice , od oggetto di farvi giudicare dal tribunale ?*

Sebbene l'art. 339 dice soltanto che l'intervento in causa sarà fatto per via d' istanza, senza aggiungere, come in molti altri articoli,e segnatamente nell'art.406† 499,che quest'istanza sarà fatta con atto di patrocinatore a patrocinatore,non avvi dubbio però che l'intervento in causa essendo una dimanda di sua natura incidente,tendente ad ottenere la comparsa di un terzo in una causa già impegnata fra le parti le quali hanno necessariamente i loro patrocinatori , a costoro appunto debb'essere intimata : perciocchè essi incaricati già della difesa della causa,sono a portata di conoscere se l'intervento sia bene o malamente fondato , e per conseguenza sono nella posizione di rispondervi. — (*Ved. Rodier , sull' art* 28 *del tit.* 11 *dell' ordinanza, quist.*1; *Com. inserito negli Annali del not. tom.* 2 , *pag.* 403 ; *Demiau-Crouzilhac , pag.* 248 , *e Thomines , pag.* 159)

dizione , giacchè vi è interesse che può realizzarsi ; il che basta per autorizzare un azione. Gli stessi motivi , giusta i quali fu stabilita la disposizione dell' art. 880 , esistono in una moltitudine di casi diversi da quello dal detto articolo menzionato.

(1) La quistione che abbiamo esaminata importa l' obbligo in noi di far conoscere ciò che s' intende per dimanda di dichiarazione del giudizio comune , in qual caso essa ha luogo , quali ne sono gli effetti , quale la forma.

Questa dimanda è un azione formata contro di un terzo , ad oggetto di far pronunziare contro di lui le condanne medesime che si dimandano , o che già furono pronunziate contro di un' altra parte.

Per lo che siffatta dimanda ha luogo o relativamente ad una sentenza da pronunziarsi, o relativamente ad una sentenza già pronunziata.

Nel primo caso , essa ha per oggetto di obbligare un terzo a rendersi parte in una controversia pendente tra due persone : di modo che la sentenza da pronunziarsi , essendo resa coll' intervento di questo terzo, costui non possa in seguito impugnarla per mezzo dell' opposizione di terzo. Ed è in questo caso solamente che l' azione forma un incidente , poichè produce *un intervento passivo* o *forzato* della parte contro della quale essa è intentata.

Nel secondo caso la dimanda per la dichiarazione del giudizio comune ha per oggetto di prescrivere che una sentenza renduta fra due persone avrà effetto contro di un terzo , come se questo terzo vi avesse rappresentata una parte. Questa dimanda è principale , ed in conseguenza debb'essere sottoposta allo sperimento preliminare della conciliazione , a differenza della prima , che n'è dispensata come l' intervento in causa. — (*Vedi sopra l' art.* 49 † *T.*)

Vi ha il dritto ad esercitare quest' azione ogni qual volta una terza persona abbia facoltà di formare opposizione di terzo contro una sentenza pronunziata o da pronunziarsi. (*Vedi appresso sull' art.* 474 † 538) Ed è ciò appunto quel che avrebbe luogo , per esempio , nel caso in cui una cosa posseduta per indiviso da più persone è reclamata da un altra: se chi reclama se ha intentata la sua azione soltanto contro di uno de' possessori, tutti gli altri avendo il dritto di rendersi terzi opponenti , potrebbero essere citati per la dichiarazione del giudizio comune.

Non avendo il codice prescritto alcuna cosa sulle forme da seguirsi per fare questa dimanda , sembraci che ne' due casi ne' quali essa vien formata, debba farsi per mezzo d' istanza con citazione alla persona , o al domicilio, alla quale si unisce la copia de' documenti. Se trattasi di costringere il terzo ad intervenire, è necessario che il libello della citazione gli faccia conoscere lo stato del giudizio , nel quale s' intende costituirlo parte: che se al contrario l' azione è principale, bisogna notificare la sentenza che si pretende far rendere comune. Del resto , allorchè questa dimanda è incidentemente formata , essa debb' essere sostenuta , impugnata e giudicata, uniformemente alle regole dell' intervento volontario.— (*Vedi Berriat-Saint-Prix , pag.* 323.)

Denevers intanto (*ved. supplemento* 1809, *pag.* 40) ed Hautefeuille, pag. 186, dicono che la corte di appello di Colmar, con decisione del 22 febbraio 1809 (*Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 455, *foglio* 55), decise che la dimanda d' intervento in causa non può esser fatta con istanza di patrocinatore a patrocinatore, attesochè la dimanda d'intervento è una dimanda fatta direttamente a' giudici; che la parola *istanza* suppone ch' essa sia destinata ad esser loro presentata, incaricandosi conseguentemente uno di essi per farne rapporto e giudicarvi.

E qui è essenziale osservare, che da ciò non risulta che la corte di Colmar abbia deciso di non dovere essere la istanza fatta con atto di patrocinatore a patrocinatore, ma solamente di aver essa deciso, che l' intervento non è formato se non coll'esibizione di siffatt' istanza al tribunale; d' altronde ciò appunto trovasi espresso nella stessa decisione, riportata *per intero* al tom. 4, della Giurisprudenza delle Corti sovrane sulla procedura, pag. 318. Vi si legge in effetti, che se la legge ha voluto che la notificazione delle istanze fosse fatta da patrocinatore a patrocinatore, non devesi conchiudere che abbia inteso dispensare le parti di presentarle alla Corte o al tribunale a cui sono esse dirette.

Ma è forse giusto il sostenere non potersi fare l'intervento in causa se non quando la istanza è stata diretta al giudice per farne rapporto e decidervi? Noi nol pensiamo; e forse avremo ragione di dire che l' uso è uniforme alla nostra opinione. Dal perchè il legislatore vuole che l' intervento fosse formato per via d'istanza, non ne risulta, secondo noi, che siffatt'istanza debb' essere decisa sul rapporto di un giudice; che se la legge l'avesse voluto, l'avrebbe espresso; ordinando che la dimanda fosse diretta al presidente il quale ne farebbe rapporto o delegherebbe per l' oggetto uno de'giudici. D' altronde esigendo la legge una sentenza sull'intervento nel caso soltanto in cui venga contrastato (*ved. art.* 341 † 435), come ammettere che l'istanza debb' essere decisa all' udienza? Perciò niuno dei Commentatori ha manifestato una opinione simile a quella della Corte di Colmar. — (*V. le nostre quistioni sugli art.* 364, 492, *e* 493) (1).

1273. *Colui che spiega l'intervento in causa deve, sotto pena di nullità, enunciare nell'istanza d'intervento il suo nome, cognome, professione e domicilio, ed unirvi i documenti giustificativi?*

Siffatta quistione fu risoluta per l' affermativa, con decisione della Corte di Colmar, diggià enunciata nella precedente quistione, attesochè, primamente una istanza d' intervento in causa presenta una dimanda novella e principale per parte di colui che si avvale di questo mezzo; e addivenendo egli stesso una parte novella, è necessario per conseguenza che indichi, come ogni attore il quale introduce la sua azione, il suo nome, cognome, professione e domicilio nel modo prescritto dall'art. 61., sotto pena di nullità.

Noi osserviamo che nella specie trattavasi di un intervento in causa fatto da persone le quali non erano indicate se non che sotto il nome collettivo di *eredi del tale*.

Per rispetto al secondo punto, la corte di Colmar non ha addotte le sue ragioni; ma osserviamo che la disposizione dell'art. 339 non è a pena di nullità, e per conseguenza, secondo l'art. 1030 † 1106, non potrebbesi annullare la istanza per mancanza della copia dei titoli. Che se, come abbiam detto, questa Corte annullò un'istanza d'intervento in causa per la mancanza della menzione del nome, cognome, professione e domicilio di colui che v'interviene, si fu per l'art. 61, il quale pronuncia la nullità di ogni atto che non contenga la menzione del nome, cognome, e professione di colui a richiesta del quale vien formato un'atto di citazione.

La Corte considerò con ragione, essere della sostanza della dimanda che l' interveniente in causa si faccia conoscere; ma non già che fosse notificata la copia dei titoli. Siffatt'obbligo non è se non una formalità accessoria dell'istanza: or un'accessorio non può sott' alcun rapporto appartenere alla sostanza di un'atto; ma solamente ciò che è *inerente* ed *intrinseco* può essere considerato come sostanziale (2).

(1) Giova osservare non esservi bisogno di tante istanze d'intervento, per quanti sono i giudizi introdotti tra le parti principali. — (*Rennes* 15 *maggio* 1812.)

(2) Di fatti l' art. 339 † 433 dice: *l'intervento in causa è fatto per mezzo di un istanza che deve contenere i motivi e le conclusioni.*

Ecco tutto ciò che appartiene alla sostanza dell' atto, poichè questo è tutto ciò che lo compone.

Art. 340 † 434. *L'intervento in causa non può ritardare la sentenza della causa principale quando essa è in istato di esser decisa* (1).

Vedi qui appresso, art. 343.

CCLXXXII Si può intervenire in un giudizio in ogni stato di causa, anche in appello. (Art. 466 † 530). Intanto l'intervento non può essere un motivo per ritardare la decisione della causa principale, allorchè trovasi nello stato di esser decisa. In effetto, la parte contro la quale agisce l'interveniente in causa non deve ricevere alcun detrimento dall'essersi costui unito alla parte avversa, e troppo tardi presentato in giudizio. Se dunque il tribunale trovasi sufficientemente istruito per giudicare sulle difese rispettive dell'attore e del convenuto, e che quelle spiegate coll'atto d'intervento fossero tuttavia oscure e non verificate, deve passare oltre, ove ne venga richiesto, ed emettere la sentenza definitiva sulla dimanda originale, salvo a colui che interviene a procedere con azione separata (2).

1274. *Risulta forse dalla disposizione dell'art.*340 *che l'interveniente debba riprendere la causa nello stato in cui trovasi, in modo che non possa opporre un' eccezione declinatoria o dilatoria?*

È principio ritenuto dalla giurisprudenza, che colui che interviene in causa debb' essere sempre pronto alla discussione della medesima, anche quando ciò avvenisse il giorno seguente alla notificazione della sua istanza — (*Ved. Rodier.*)

Quindi l'interveniente non ha il dritto di eccepire l'incompetenza del tribunale adito colla dimanda principale; nè può più proporre eccezioni dilatorie (*ved. Bornier, Jousse e Rodier, sull'art.* 28 *del tit.* 11 *dell' ordin.*); finalmente deve riprendere la causa nello stato in cui trovasi, val dire limitarsi ai soli atti che rimangono a farsi per l'istruzione.

Da ciò Rodier sostiene, contro Jousse (*art.* 36 *del tit.* 22 *dell'ordin.*), che colui ch' è ammesso ad intervenire nella causa, allorchè gli esami d'entrambe le parti sono terminati, non ha più il dritto di farne un' altro.

Duparc-Poullain, tom. 9, pag. 391, n. 122, dice, che se colui che interviene ha un vero interesse nella causa, gli si opporrebbe inutilmente dover lui riprendere l'istanza nello stato in cui trovasi; avvegnachè siffatta proposizione non ha altro senso, se non che debba restar ferma la procedura fatta fino all' intervento. È indubitato, egli aggiunge, che tutt'i diritti di colui che interviene sono intatti, e può quindi far valere in suo nome tutte le ragioni che possono stabilire i suoi dritti.

Supponiamo, per esempio, che la lite sia contestata con un'erede, e che dopo gli esami o la esclusione acquistata contro di lui, intervenga uno dei suoi coeredi, senza che possa esservi

L'articolo aggiunge: *E sarà data copia alle parti dell'istanza e de' documenti giustificativi*: questa copia de' documenti non fa parte della dimanda.

Quindi allorchè non fu data, non vi è luogo ad annullare quest'atto, ma solamente d'interdire all'interveniente di poter aringare fino a che non la esibisca: in tal modo ci ritroviamo nella specie dell'art. 65†159. E così appunto fu giudicato dalla corte di Rennes, con decisione del 26 giugno 1815.

A questa opinione si oppone l'art. 673 † 755 il quale esige la copia del titolo in principio dell'atto di precetto, e la cui violazione porta seco la nullità. Ma questa obbiezione è assolutamente sprovveduta di base: perciocchè se il precetto è nullo per mancanza della copia del titolo, si è perchè l'art. 717†801 pronunzia la nullità per omissione di ciò che prescrive l'art. 673; ora il legislatore in niuna parte applica questa pena alla omissione della copia de' documenti nella istanza per l'intervento in causa. Anzi non vi è dubbio che la copia de' titoli possa darsi con un atto disgiunto dall' istanza. Laonde la mancanza della copia non può annullarla.

Ed infatti dice la legge, *è data copia alle parti dell' istanza e de' documenti giustificativi*, e non già: *è data copia dell' istanza con quella de' documenti*, oppure, *n' è data copia dell' istanza contenente quella de' titoli*. Or niun termine è fissato per dare quest' ultima copia; si è dunque sempre a tempo di uniformarsi alla disposizione della legge, quando si vuole, purchè la parte avversa non l'abbia immediatamente richiesta, nel qual caso non si può rifiutarla.

(1) GIURISPRUDENZA.

Non si può intervenire in un giudizio di espropriazione forzata, tre giorni, per esempio, prima dell'aggiudicazione forzata.—(*Rennes,* 16 *febb.* 1815; *Giorn.*, *tom.* 4, *pag.* 376.)

(2) Questa regola debbe precisamente applicarsi allorchè l'interveniente non ha data la copia dei documenti. — (*Nimes,* 18 *nov.* 1811; *Berriat-Saint-Prix*, *pag.* 321, *nota* 12.)

difficoltà sulla sua qualità o sul suo interesse, per qual ragione dovrebbesi ricusargli la pruova testimoniale per un credito il quale non eccedesse 150 franchi, avendovi un dritto indiviso? Si opporrà l'art. 340, il quale dichiara che l'intervento non può ritardare la decisione della causa principale; ma la parte avversa non deve forse imputare a se stessa la mancanza di aver messo in causa tutti gl' interessati? Ed altronde, se dopo gli esami avesse stimato a proposito di mettere in causa questo coerede, le si potrebbe opporre la esclusione operata contro il suo consorte di lite? Ciò, dice Duparc, sarebbe contro la giustizia e la ragione. Or non vi ha differenza fra questo caso e quello di chi interviene in causa, il quale ha potuto benanche ignorare il giudizio fino all'epoca del suo intervento. Tal' è pure la nostra opinione; ma con la distinzione che faremo nella sottoscritta nota (1).

(1) Questa distinzione è fatta da Bornier, e dopo lui dagli autori del pratico, tom. 2, pag. 315, e da Berriat-Saint-Prix, pag. 321, nota 12, tra l'interveniente che agisce contro le due parti e quello che si limita a sostenere una di esse. Pe' motivi enunciati nel comentario fatto all'articolo in esame, non vi ha dubbio, che quest' ultimo deo prender parte in causa nello stato in cui essa ritrovasi; ma non sarebbe giusto che il primo fosse la vittime del non essere stato chiamato nella causa in cui egli è evidentemente interessato, a della rapidità colle quale le parti avessero istruita la causa, nel disegno forse di privarlo de'suoi dritti.

Nulladimeno noi non dissimulliamo, come dice pure Berriat, che a questa opinione sembra esser contrario l' articolo 340 † 434; per lo che Demiau—Crouzilhac, pag. 246, sostiene che l'intervento non può ritardare in alcun modo la causa, allorchè è nello steto di esser decisa, vele e dire allorchè è pervenuta al grado d'istruzione indicato nell' articolo 343 † 437; ma se dassi a questo articolo un senso così esteso, come sembra permetterlo la generalità delle sue espressioni, ne risulterà che i terzi i quali non avranno avuta conoscenza del primitivo giudizio subito dopo la dimanda, preferiranno ad un intervento in causa il mezzo della opposizione di terzo in cui saranno liberi di istruire completamente la loro causa; per conseguenza lo scopo della legge che istituì l' intervento in causa, vale e dire quello di prevenire la moltiplicità delle liti, andrà del tutto fallato. — (*Vedi Thomines*, *pag.* 158.)

Del resto se la opinione da noi manifestata presenta qualche difficoltà a causa delle disposizione generale dell' articolo 340 † 434, ciò non è almeno che per rispetto alla parte che volontariamente interviene; poichè quelle il cui intervento fosse forzato, e che, per esempio, fosse citata per la dichiarazione del giudizio comune, non può con giustizia esser costretta a comparire, forse al momento medesimo dell' udienza, per esser subito giudicata, senza di aver fatto uso de' mezzi d'istruzione di cui avrebbe profittato, e senza aver potuto opporre le difese che avrebbe prodotto nella procedura per le opposizione di terzo, se non fosse stata chiamata durante il giudizio principale.

E neanche qui possiamo dissimulare, che una decisione delle corte di cassazione del 18 agosto 1808 (*Sirey tom.* 8, *pag.* 453) sembrerebbe opporsi a questa soluzione; ma, come osservano Berriat-Saint-Prix, pag. 322, nota 14 a gli autori del commentario inserito negli Annali del notariato, tom. 2, pag. 406, i motivi di questa decisione non sono fondati che sopra fatti speciali alla causa. Epperò la sua autorità non potrebbe distruggere l' opinione in cui siamo, unitamente a questi autori, che nel caso di un intervento forzato, si dee accordare alla parte un termine sufficiente per proporre le sue ragioni; epperò non si può immediatamente procedere alla sentenza sul merito, quando ancha la causa fosse in istato di esser decisa fra la parti le queli erano già in giudizio.

ART. 341 † 435. *Nelle cause in cui è stata ordinata l'istruzione in iscritto, se l' intervento in causa è contestato da una delle parti, la dimanda incidente dev' esser portata all' udienza.*

C. di P. art. 388.

CCLXXXIII Allorchè la dimanda principale non è istruita per iscritto, la dimanda d'intervento in causa è nello stesso giorno della prima portata all'udienza, ed il tutto è deciso colla medesima sentenza.

Allorchè al contrario siasi ordinata un'istruzione per iscritto, o un semplice rapporto, bisogna distinguere se le parti principali o una di esse sostenga di non essere ammissibile l' intervento, oppure se l'ammissione in causa dell'interveniente non è impugnata. Nel primo caso la parte più diligente chiede l' udienza con un semplice atto, per far decidere incidentemente la quistione, se l'intervento debb' essere ammesso o rigettato; nel secondo è sufficiente il consenso delle parti principali onde render comune fra loro e colui che interviene in causa la contestazione, e autorizzare quest'ultimo a produrre la sua istanza ed i suoi documenti giustificativi, sia in cancelleria, sia fra le mani del commessario, il quale fin d' allora prepara

e fa il suo rapporto, tanto sulla dimanda principale che su quella incidente.

Perciò è chiaro che nelle cause giudicate sulla sola discussione all'udienza, i giudici debbono contemporaneamente decidere, 1. se l'intervento è ammissibile; 2. se le conclusioni dell' interveniente sono ben fondate; mentre che in quelle istruite per iscritto o messe a rapporto, non debbono giudicare definitivamente, se non sull'ultimo punto.

1275. *La sentenza la quale ammette o rigetta l'intervento contestato, è preparatoria o interlocutoria?*

Generalmente opinasi che in tutte le cause sottomesse alla conoscenza del tribunale, le parti debbano, anche quando l'intervento fosse impugnato, istruire nello stesso tempo sulla dimanda principale e sull'incidente, per giudicarvi con una sola e medesima sentenza, salvo al giudice il diritto di pronunziare sull' intervento, e rinviare la causa per la decisione in merito. — (*Ved. Rodier sull'art.* 28 *del tit.* 11 *dell' ordin.*; *Hautefeuille pag.* 186).

Ma nelle cause per le quali si è ordinata un istruzione per iscritto, l'art 341 esige che l'incidente sulla controversia sia portato all' udienza.

Puossi, per esempio, impugnar l'intervento dimostrando che chi interviene è estraneo alla causa, che la sentenza da emettersi in merito non può recargli nè pregiudizio nè vantaggio, ec. ec. Spetta a colui che interviene di sostenere la sua dimanda con ragioni opposte, val dire, dimostrando il suo interesse.

Dietro siffatto dibattimento interviene una sentenza, e la Corte di Montpellier, con decisione del 12 aprile 1809, dichiarò esser dessa essenzialmente preparatoria, e per conseguenza non suscettibile di appello se non dopo la sentenza definitiva (1).

Noi crediamo, al pari della Corte di Montpellier, che una sentenza la quale ammetta o rigetti un'intervento è di sua natura preparatoria; ma non ammettiamo, con Coffinieres, che potrebb'essere considerata come interlocutoria, ove fosse dimostrato che l' ammissione o il rigetto dell'intervento potesse influire sulla sentenza da emettersi in merito (2).

Modello della dimanda incidente.

Il signor Paolo convenuto con citazione del ...: contro il sig. Pietro, attore per condanna a pagamento della somma di 200 ducati contenuta in una obbligazione del 2 gennaio 1805.

Conclude, atteso che all' apoca della suddetta abbligazione era minore emancipato, non essendo pervenuto alla maggiorità prima del dì 25 marzo seguente, la obbligazione sia dichiarata rescissa, giusta l' art. 407 del Cod. civile, come eccedenti i limiti della sua capacità; in conseguenza, che le parti saranno rimesse nello stato in cui erano prima dalla obbligazione suddetta; e quindi ch' egli sarà liberato dalla dimanda del sig. Pietro, e rifatto delle spese.

E per documentare la sua minorità nel tempo della cennata obbligazione egli offre di comunicare al detto sig. Pietro per cancelleria o contro ricevuta l' atto che dimostra esser egli nato a 14 marzo 1785.

Modello di risposta alla dimanda incidente.

Il signor Pietro attore per oggetto espresso nella citazione del dì . . . .

Contro il signor Paolo, covenuto per la detta citazione.

(1) Questa decisione poggia, da una parte, sul motivo che l' articolo 341 † 435 qualifica come incidente la dimanda d' intervento in causa; dall' altra, che l' articolo 340 † 434 dispone che lo intervento non potrà ritardare la sentenza della causa principale, quando fosse nello stato di esser decisa; da ciò segue che secondo la intenzione del legislatore, la sentenza la quale ammette l' intervento in causa va nella classe delle sentenze preparatorie il cui appello non è ammissibile, poichè se potesse ammettersi, non potendo l' appello sospendere la sentenza della causa principale, la dimanda d' intervento sarebbe quasi sempre vana ed illusoria, quando anche fosse giudicata fondata dalla decisione susseguente.

Coffiniéres, riportando questa medesima decisione nella sua raccolta della giurisprudenza delle corti supreme sulla procedura tom. 4. pag. 322, osserva potersi ammettere in questo caso una distinzione consacrata da molte decisioni, specialmente da una della corte di cassazione, da lui inserita nel medesimo tom. 1, pag. 269. Questa decisione mette una sentenza che ordina una chiamata in causa di un terzo, nella classe delle sentenze interlocutorie, attesa l' influenza che tale chiamata in causa può avere sulla decisione della lite.

(2) Del resto noi torneremo a parlare sulla presente quistione, esaminando le difficoltà che possono presentare nella pratica gli art. 450 † 515 e 452 † 516 del codice. — (*Vedi le nostre quistioni su questi due articoli.*)

In risposta all'atto notificato li . . . contenente una dimanda incidente sulla nullità di obbligazione per causa di minorità.

Conclude, che siccome nel tempo della obbligazione il sig. Paolo era emancipato, e l'obbligazione da lui contratta il 2 gennaio 1806, sebbene motivata per prestito, fu veramente per pigioni dovute dal detto signor Paolo, come risulta dalla lettera in cui rimise la obbligazione al signor Pietro, debitamente registrata li . . . da . . . . che il signor Pietro esibisce di comunicare, nella quale lettera il signor Paolo dice che manda questa obbligazione in pagamento delle sue pigioni: e che perciò il detto bigliatto è fra i termini della capacità di un minore emancipato: senza fermarsi alla dimanda incidente del detto signor Paolo, in cui sarà dichiarato non ammessibile, o dalla quale in ogni caso sarà rigettato, verranno aggiudicate al signor Pietro le conclusioni che ha prese colla sua dimanda principale, unitamente al rimborso delle spese.

Modello di sentenza che riunisce la dimanda

Il tribunale considerando che la dimanda incidente è tale da non potersi giudicare separatamente dalla principale, la riunisce a questa, si riserba di pronunziare su tutto nel dì... giorno indicato per pronunziare sulla causa principale. Riserba le spese.

(*Allorchè la causa si mette a rapporto il tribunale pronunzia all' udienza la seguente sentenza.*)

Il tribunale, considerando che la dimanda incidente è di natura da non potersi giudicare separatamente dalla principale, riunisce alla principale la dimanda incidente, ad oggetto di giudicare su tutto a relazione del signore . . . nominato relatore sulla dimanda principale; e riserba le spese.

Modello d'istanza d'intervento in causa.

Ai signori presidente e giudici del tribunale...
Pietro . . .

Contro Luigi, attore per condanna al pagamento di ducati 200, contra il signor Paolo, giusta la citazione del dì . . .

In contraddizione del detto sig. Paolo, convenuto in forza di detta citazione,

Fa istanza che vi piaccia ammetterlo interveniente nella causa pendente tra i signori Luigi e Paolo, sulla dimanda sopraccennata;

E poichè il credito suddetto di ducati 200 si trova presentemente compensato con egual somma dovuta dal signor Luigi al fu signor Filippo, di cui Pietro è nipote, ed unico erede, giusta la obbligazione in data del . . . registrata li . . . della quale si dà copia unitamente alla presente, dimanda dichiararsi al detto signor Luigi non ammessibile nella sua dimanda, o in ogni caso rigettarsi dalla dimanda medesima, e condannarlo alle spese.

QUARTA SUDDIVISIONE.

Della procedura incidente relativa all'interruzione del giudizio per cangiamento di persona o di stato delle parti o dei loro patrocinatori.

Il giudizio introdotto con atto di citazione perdura davanti il giudice adito per la controversia finchè non sia terminato con una sentenza (*ved. supra, tom.* 1, *pag.* 175, *n.* 3. *e pag.* 287 *alla nota;*) colla perenzione (*infra tit.* 17); colla rinunzia alla lite (*infra tit.* 23) ; o col compromesso (*infra lib.* 3, *titolo unico*).

Ma può essere interrotto nel suo corso, sia per effetto della volontà delle parti, allorchè esse interrompono le loro procedure, sia contro la loro volontà, allorchè sopraggiungono degli avvenimenti i quali non permettono proseguirle se non dopo cessato l'ostacolo da essi frapposto.

A tal riguardo, il legislatore prendendo in particolare considerazione i casi della morte di una delle parti, o dell'impedimento del suo patrocinatore, prescrive quello che debba farsi onde il giudizio riprenda il suo corso (1). E questo è l'oggetto del tit. 17.

(1) Possonsi aggiungere moltissimi altri casi, i quali secondo la disposizione della legge o la natura della causa, sospendono pure il giudizio; tali sono il falso incidente ne' tribunali di eccezione, la querela di falso principale, le disapprovazioni del fatto de' patrocinatori, le competenze de' tribunali, tutte le dimande di remissione da un tribunale all'altro, le quistioni pregiudiziali; in una parola qualunque avvenimento che esige una decisione preventiva ad ogni altra. Qui trattasi soltanto di quelli che danno luogo alla riassunzione d'istanza o alla costituzione del novello patrocinatore.

TITOLO XVII.

Delle riassunzioni d' istanze , e della costituzione di nuovo patrocinatore. (1)

In materia di procedura , è principio elementare che ciascuna parte non può essere giudicata senza aver fatto o potuto far valere i suoi mezzi di difesa.

Or siffatto principio vieta di passarsi oltre all'istruzione di una causa, laddove questa non trovandosi in istato di essere decisa, una parte muoia, o addivenga incapace di stare in giudizio, o cessi di potervi essere rappresentata dal patrocinatore che aveva costituito : bisogna dunque che le procedure della causa sieno sospese fino a che un'erede, un' amministratore, un novello patrocinatore, vengano a rimpiazzare il defunto o l'incapace.

Ed appunto questo cangiamento di parti o di patrocinatore dà luogo alla *riassunzione d'istanza* ed alla *costituzione di nuovo patrocinatore*.

Si può definire *la riassunzione d'istanza* l'atto col quale coloro che succedono ai dritti ed alle obbligazioni di una parte , o che hanno , sott' altro titolo , dritto e qualità per rappresentarla , riassumono volontariamente , o sono obbligati di riassumere l'istanza nella quale la detta parte era impegnata.

La riassunzione volontaria si fa con una semplice dichiarazione , notificata al patrocinatore contrario , di voler procedere in continuazione *degli ultimi atti* del giudizio (2).

La riassunzione forzosa operasi in esecuzione di una sentenza emessa sulla citazione fatta a colui il quale deve procedere in luogo e nel posto della parte trapassata o divenuta incapace.

La costituzione di un nuovo patrocinatore è egualmente un' atto volontario o forzoso , col quale si costituisce un patrocinatore in luogo di un' altro dimesso, interdetto o destituito.

(1) Vedi sopra , tom. 1 , pag. 237 e 238 , e appresso sull' art. 397 † 490.

(2) Praticamente adoperata la parola *errement* significa l'ultima procdura , l' ultimo stato della causa. Perciò, *procedere in continuazione degli ultimi atti*, è lo stesso che procedere nello stato in cui si trovava la causa al momento della sua *interruzione* , e cominciando in conseguenza dall'ultimo atto della procedura.

ART. 342 † 436. *La decisione della causa che trovasi in istato di esser giudicata, non si differisce nè per cangiamento di stato delle parti, nè per cessazione dalle funzioni in forza delle quali stavano in giudizio , nè per la loro morte, nè per quella del loro patrocinatore, nè per la dimissione, interdizione o destituzione del medesimo* (3).

Ordin. del 1667 tit. 26, art. 1 e 2. — C. di P. art. 75, 93, 109, 148, 398, 426, 1038.

CCLXXXIV. Noi abbiamo ritenuto per principio elementare in materia di procedura, che niuna parte può essere giudicata senz'aver fatto o potuto far conoscere i suoi mezzi di difesa, ed in forza di siffatto principio , al lor-

(3) GIURISPRUDENZA.

1. Allorchè fu introdotta una istanza dall' aggiunto al sindaco , ovvero contro di esso in tale sua qualità , e questo funzionario abbia quindi un successore , un tal cangiamento non induce interruzione d' istanza ed obbligo di riassumerla col nuovo sindaco o aggiunto : la persona morale è rimasta la stessa. — (*Cassaz*. 16 *aprile* 1816; *Sirey*, *tom*. 19 , *pag*. 128.)

2. L' articolo 342 † 436 applicasi al caso di pegnoramento d' immobili , perchè essa forma un' istanza dibattuta fra il creditore istante , le parti pegnorate ed i creditori iscritti , e la cui sentenza , allorchè la causa è in istato di esser decisa, non può differirsi per la morte di una delle parti In conseguenza non può sospendersi l' aggiudicazione diffinitiva per effetto solo della morte del pegnorato. — (*Parigi* , 11 *luglio* 1812 ; *Sirey* , *tom*. 13 , *pag*. 197.)

Nota. All' Indarno opporrebbesi che l' articolo 342 non è applicabile, poichè , secondo l' articolo 343 † 437 , la causa non è in istato di esser decisa che quando è incominciata la discussione colle conclusioni date contradditoriamente. Si risponderebbe a ciò che nell' udienza in cui si tiene l' incanto , non vi sono discussioni contraddittorie che sugl' incidenti.

3. Allorchè una causa la quale secondo la legge dee istruirsi per iscritto , è messa in istato di esser decisa colle produzioni di entrambe le parti , o per la contumacia in cui una di esse fu costituita per aver mancato di presentare la sua produzione, se una delle parti muore , priachè la relazione della causa sia fatta all' udienza , non è necessario di citare i suoi eredi a riassumere la istanza ; e se ha luogo il rapporto senza che essi sieno stati citati , la decisione che si pronunzia in seguito non può essere annullata per questa sola ragione. — (*Cassaz*. 19 *ventoso anno* 9 ; *Sirey* , *tom*, 7 , *pag*. 1183.)

chè una parte muoia o addivenga incapace, ovvero cessi di poter essere rappresentata dal patrocinatore che aveva costituito, era vietato passarsi all' istruzione ed alla sentenza da emettersi sulla causa, malgrado l' assenza di questa parte, o del suo patrocinatore. Costoro non hanno più la facoltà di farsi sentire: è necessario adunque che la procedura sia sospesa durante il tempo necessario per riassumere l'istanza o costituire un novello patrocinatore.

Ma siffatta sospensione della procedura non deve aver luogo in tutt'i casi. Bisogna vedere se l'impedimento cagionato, sia dalla parte, sia dal suo patrocinatore, abbia luogo soltanto dopo che la causa è nello stato di esser decisa, oppure prima.

Se ha luogo posteriormente, non trattandosi più nè di continuare l'istruzione, perciocchè è terminata, nè di sentire le conclusioni, dappoichè sono state date, ma solamente di verificare ed aggiudicare la dimanda, allora nè la morte di una parte, nè il suo cangiamento di stato, nè la perdita del suo patrocinatore, possono essere un motivo di differire la sentenza.

1276. *Qual cosa intendesi con queste parole*, *CAMBIAMENTO DI STATO DELLE PARTI*, *e CESSAZIONE DALLE FUNZIONI NELLE QUALI ESSE PROCEDEVANO?*

Il legislatore intende per *cangiamento di stato*, quello che può succedere nello stato civile delle persone, per rispetto alla capacità che la legge dà o ricusa loro di dirigere da se stesse le proprie cause, e per conseguenza di comparire in giudizio, sia a ragione della loro età, sia a ragione delle loro facoltà intellettuali, sia in fine a causa della dipendenza in cui l'avesse posto il matrimonio (1).

1277. *Allorchè una causa è nello stato di esser decisa, e trattasi di un dritto personale della parte, val dire non tramessibile ai suoi eredi, la morte di questa parte estingue forse la lite, in modo che il tribunale non possa pronunziare sentenza, uniformemente all'art. 342?*

Affinchè siffatta quistione sia ben compresa, è necessario riportare un caso nel quale si è dessa presentata.

Trattavasi di decidere se la moglie di un'interdetto conservasse l' amministrazione della comunione, coll'obbligo d'immobilizzare il danaro contante per invertirlo in acquisto di fondi. La morte di questa signora, avvenuta nel momento in cui la causa era nello stato di giudicarsi, rendeva inutile la decisione di questa quistione, ed intanto la Corte di Brusselles vi pronunziò, risolvendola per l'affermativa.

Dicevasi innanzi la Corte di cassazione, che la decisione presentava una falsa applicazione dell'art. 342, atteso che per principio generale la morte estingue la lite; che la facoltà di giudicare quelle che fossero nello stato di essere decise è un'eccezione restrittiva, eccezione la quale suppone necessariamente trattarsi di dritti trasmessi all'erede del defunto; che il legislatore non ha creduto far decidere una lite oramai priva di oggetto e senza utilità; che, nella specie, trovandosi sciolta la comunione, era ozioso decidere chi l'amministrasse.

Ma, con arresto del 1. giugno 1808 (*ved. Sirey*, *tom.* 8, *pag.* 341), la Corte di cassazione decise che la causa trovandosi nello stato di essere decisa, la legge permetteva alla Corte di appello di pronunziare la sentenza malgrado la morte della moglie; che ciò lasciava a decidere la quistione più importante, cioè quella dell'immobilizzazione del contante; che in verità la dimanda dalla moglie avvanzata di continuare la società diveniva senza oggetto per l' avvenire, ma che intanto la Corte di appello aveva potuto, senza violare al-

(1) Così, per esempio, il minore il quale diviene maggiore, il maggiore che viene interdetto sperimentano nel loro stato un cambiamento che dà al primo il dritto di continuare da per se il giudizio nel quale non poteva litigare se non per mezzo del suo tutore, rendendone il secondo incapace: in una parola, la legge intende parlare di qualunque cambiamento di stato che può produrre nella persona una capacità, o un' incapacità ch' essa non avea per lo innanzi.

S' intende per cessazione di funzioni, la cessazione di quelle funzioni che davano qualità ad un individuo di stare in giudizio. Un tutore, per esempio, perde il dritto di sostenere una lite in nome del minore divenuto maggiore, poichè colla maggior età di costui cessano le sue funzioni; vale lo stesso del tutore di un interdetto, il quale avesse ottenuto la rivocazione della sua interdizione; del mandatario le cui facoltà fossero state rivocate ec. ec.

Secondo l'art. 342 † 436, questo cambiamento di stato, questa cessazione di funzioni non possano differire la sentenza di una causa, allorchè è pervenuta al grado d' istruzione determinato dall' art. 343 † 437.

cuna legge, giudicare *siffatta quistione in dritto e nel rapporto che poteva avere colle spese della lite*.

Si osserverà senza dubbio che la necessità di pronunziare sulle spese, la cui condanna è essenzialmente subordinata alla sorte della dimanda principale, è veramente una ragione decisiva perchè un tribunale pronunzi, siccome è autorizzato dall' art. 342, anche nel caso in cui il dritto formante l' oggetto di questa dimanda fosse assolutamente personale al defunto (*).

1278. *Il rifiuto di un patrocinatore di arringare una causa nella quale avesse date le conclusioni, impedisce il tribunale di deciderla?*

No; avvegnachè in siffatta circostanza la causa trovasi nello stato di essere decisa per effetto delle conclusioni date, e, per conseguenza immediata, la sentenza che si pronunzia è ritenuta per contraddittoria. — (*Ved. la decisione della Corte d'Aix riportata nella quist.* 614, *tom.* 1. *pag.* 205, *e l'art.* 28 *del decreto del primo giugno* 1808.)

1279. *Avvi luogo a citare per la riassunzione d'istanza gli eredi di un terzo sequestrato, trapassato dopo la denunzia e la citazione a lui fatta, in forza degli art.* 564 *e* 570†654 *e* 660?

In altri termini, *la morte di un terzo sequestrato sospende forse la dimanda di convalida del sequestro, durante i termini assegnati alla vedova ed agli eredi per far l' inventario e deliberare?*

Un tribunale ha risoluto questa quistione per l' affermativa, ma noi non crediamo questa decisione ben fondata.

In effetti niuna disposizione di legge dichiara che il sequestro presso terzo possa convalidarsi soltanto dopo che il terzo sequestrato abbia fatta la sua dichiarazione. Al contrario la dichiarazione di costui può essere posteriore alla sentenza di convalida, nel caso in cui il titolo del sequestrante è autentico.—(*Art.*568†658.)

Da un'altra parte, il terzo sequestrato non è veramente parte in giudizio, ma vi figura siccome testimone; ed è per questa ragione che appena elevansi delle controversie sulla dichiarazione, può dimandare il suo rinvio, prendendo allora solamente la qualità di parte.

Da ciò ne siegue non esservi luogo a citare i suoi eredi per la riassunzione d' istanza Che se muore prima di aver fatta la sua dichiarazione, il tribunale può convalidare il sequestro fino alla concorrenza delle somme dichiarate in seguito essere dovute. Intanto sarebbe meglio rinnovare la denunzia e la citazione agli eredi nella qualità di capaci a succedere, e costoro dovrebbero fare la dichiarazione, atteso che non trattasi in questo caso, se non di una misura conservatoria, alla quale, come già dicemmo, sono tenuti di rispondere. — (*Ved. supra, quist.* 757, *tom* 1, *pag.* 270) (1).

ART. 343†437. *La causa s'intende in istato di decisione quando le aringhe sonocominciate. Si riputano cominciate le aringhe quando le conclusioni sono proposte all'udienza in contraddittorio delle parti.*

Le cause istruite per iscritto si reputano in istato di decisione quando è compita l'istruzione o sono spirati i termini per le produzioni e per le risposte (2).

Regol. del 30 marzo 1808, art. 28 e seg., 69.— C. di P., art. 75, 90, 98, 269.

(*) Nella esposta quistione il nostro A. non parla che *di morte di una* delle parti, ma è chiaro ch'egli intende parlare della morte *civile* e *naturale*. Presso di noi, invece della morte civile, la condanna all'ergastolo che apre la successione intestata del condannato, e le condanne ai ferri ed alla reclusione che producono la interdizione patrimoniale. Bisogna però distinguere, relativamente all' ergastolo ed alle dette condanne, gli oggetti che non passono agli eredi, come l'azione per gli alimenti, e quelli che sono ad essi trasferibili. Per questi ultimi agiscono gli eredi; per i primi il condannato non può stare in giudizio se non se sotto il nome e col ministero di un procuratore speciale; e per conseguenza spetta a cotesto procuratore, nominato specialmente dal tribunale, di riassumere le procedure in luogo e vece di lui.

(1) Del resto se gli eredi pretendessero di non poter fare una dichiarazione positiva, sia perchè non fosse ancora decorso il termine loro accordato, sia perchè non conoscessero lo stato degli affari del loro autore, in tal caso la citazione e la notificazione ad essi fatta, *non sarebbero meno valide*, secondo le ragioni da noi esposte sulla quistione 756, ed il tribunale potrebbe dichiarar valido il sequestro ed ordinare che rimanessero presso loro gli oggetti sequestrati: donde risolta che essi non potrebbero privarsi del possesso in pregiudizio del sequestrante; salvo, allo spirar dei termini, il poter fare la loro dichiarazione, la quale, secondo le circostanze, sarebbe oppur no contraddetta.

(2) GIURISPRUDENZA

Se ad onta degli articoli 342 † 436 e 343 †

CCLXXXV. Per l'intelligenza ed applicazione del presente articolo, la legge indica qui in quali circostanze una causa sarà riputata nello stato di esser decisa. L'autore della Esposizione dei motivi sulla legge genevose, pag. 167, così esprimevasi sulla disposizione contenuta a tal proposito nel nostro art. 343. « Qualunque sia la penetrazione, che siamo disposti a riconoscere nei nostri giudici, confessiamo, che l'animo nostro rifugge dal ritenere un' *aringa cominciata*, un semplice decorrimento di termine, come sufficiente a garentire la esattezza delle loro decisioni. » Perciò l'art. 274 della citata legge reputa la causa esser nello stato di decidersi sol quando sia terminata l'aringa, oppure allorchè è compilata l'istruzione per iscritto che ne fa le veci. Epperò, secondo queste osservazioni, sembra che la legge francese autorizzi a passare alla sentenza dopo di essere cominciate le aringhe, o spirato il termine, e prima che fossero terminate. In tal caso sarebbe giusto il dire non esservi garentia sufficiente per ritener buona la decisione de' giudici. Ma l'art. 343 non istabilisce affatto questa ingiusta conseguenza, ed altro non esprime, se non che, uniformemente all'art. 332 †426, non darsi luogo a riassunzione d'istanza, allorchè l'istruzione della causa fosse giunta al grado in detto articolo indicato. Le aringhe sono dunque continuate, se questa causa sia suscettiva di sentenza sulla semplice relazione del giudice; e se fu ordinata l'istruzione per iscritto, la esclusione si acquista contro coloro i quali avessero potuto riassumere l'istanza (1). Perciò il rimprovero fatto alla nostra legislazione non sembraci ben fondato.

437 un tribunale autorizza una riassunzione di istanza nel caso di morte di una delle parti, *mentre la causa è in grado di esser decisa*, il tribunale potrebbe, in esecuzione di questa sentenza che avesse acquistata l'autorità di cosa giudicata, accordare un termine per mettere gli eredi in causa. (*Brusselles*, 8 *agosto* 1809, *Giornale de patrocinatori*, *tom.* 1, *pag.* 249.)

(1) E ciò appunto dimostra il seguente brano del rapporto al corpo Legislativo: « Il cambiamento di stato, la morte di una delle parti, « la cessazione dalle funzioni d'uno de' patrocinatori, può sospendere la istruzione; ma ciò « non dee aver luogo allorchè le parti *hanno esaurito* i loro mezzi di difesa, o allorchè le « funzioni di patrocinatore son divenute superflue. »

ART. 344†438. *Nelle cause che non sono in istato di decisione, tutti gli atti fatti dopo la notificazione della morte di una delle parti, sono nulli. Non corre obbligo di notificare la morte, dimissione, interdizione, o destituzione dei patrocinatori; tutti gli atti fatti e le sentenze ottenute di poi sono nulle, se non è stato costituito un nuovo patrocinatore.*

T. 70. — Ord. del 1667, tit. 26, art. 2, — C. C., art. 75, 447, 1029, 1038.

CCLXXXVI. Allorchè la causa non è in istato di esser decisa, ogni procedura è nulla nei casi contemplati da quest' articolo; ma bisogna considerare da chi proviene l'impedimento che dà luogo alla sospensione. Provviene forse da una parte? La procedura non è sospesa, se non in un sol caso, quello della di lei morte, e dopo che siffatta morte fu notificata dal patrocinatore della parte trapassata. Trattasi forse del cangiamento di stato di una delle parti? L'articolo seguente contiene a tal riguardo una disposizione particolare. Del resto, nel caso di cessazione dalle funzioni di patrocinatore, la notificazione non è richiesta, avvegnachè gli atti di procedura si notificano nel domicilio di questo stesso uffiziale, dove non possono ignorarsi gli avvenimenti che lo riguardano e che fanno cessare le sue funzioni. — (*Ved. Rap. al corpo legisl.*)

1280. *La nullità pronunziata dalla legge, per rispetto alle procedure fatte posteriormente alla morte di una parte, è assoluta per i suoi effetti, nel senso cioè che tutte le parti possano avvalersene?*

Dessa non è che relativa, e non produce i suoi effetti se non in risguardo agli eredi della parte trapassata, ovvero per quelle parti che avessero perduto il loro patrocinatore

Siffatta proposizione può sostenersi mercè una decisione della Corte di Parigi del 23 aprile 1807, riportata dal Sirey, tom. 7, pag. 45, ed approvata da Demiau-Crouzilhac pag. 251, 252 e 253. Ed in vero, sarebbe difficile supporre che l'intenzione del legislatore, pronunziando la nullità delle procedure fatte dopo la morte di una delle parti, abbia avuto *soltanto* in vista l'interesse di coloro che potessero sentir pregiudizio per effetto di atti ai quali non avessero potuto badare; in una parola, l'interesse degli eredi, dei creditori ed aventi

causa da colui nel cui nome sarebbesi agito in un epoca nella quale egli era trapassato.

1281. *Avvi forse eccezione alla disposizione dell' art. 344, in risguardo alla morte di una delle parti?*

L'art. 360+284 del cod. civ. deroga a questo articolo, in quanto che dispone che se l'adottante viene a morire dopo che l'atto di adozione fu portato innanzi ai tribunali, e prima di aver costoro definitivamente pronunciato, l'istruzione sarà continuata, e, qualora siavi luogo, l'adozione ammessa.

1282. *Di qual mezzo bisogna far uso per dedurre la nullità di una sentenza pronunziata in contravvenzione dell'art. 344? Bisogno forse produrre una opposizione di terzo, appello, ovvero ricorso per ritrattazione di sentenza?*

La Corte di Grenoble voleva che si aggiungesse all' art. 343 del progetto, che forma oggidì l'art. 344 del codice, che siffatta nullità fosse pronunziata all' udienza dietro un' atto del patrocinatore, senza bisogno d'impugnare la sentenza col ricorso per ritrattazione, nè colla opposizione di terzo.

Gli autori del Pratico, tom. 2, pag. 326, ugualmente sostengono non esser necessario alcuno dei due mezzi; ma soltanto, quando la parte che avesse ottenuta la sentenza nulla volesse avvalersene, le si oppone la nullità.

Quest' opinione della Corte di Grenoble e degli autori del Pratico riannodasi con quella di Rodier, il quale dichiarò non competere nè appello, nè ricorso per ritrattazione, e nè opposizione di terzo, ammettendo soltanto la semplice opposizione, chiamata *dimanda sul rapporto della sentenza*, e che ha formato l'oggetto della quist. 660.

È questo il mezzo che noi pure crediamo doversi adottare in simigliante caso, adducendo le stesse ragioni assegnate da Rodier, sull'art. 2, del tit. 26, quist. 4.

Per verità Demiau Crouzilhac, pag. 254 e 255, sostiene che si può soltanto produrre appello o ricorso per ritrattazione, perciocchè il rimedio *della opposizione di terzo* sembragli, *per la sua indole*, non potersi adottare. Però, se osservasi che Rodier non parla della opposizione di terzo, ma di una semplice opposizione, secondo abbiam detto di sopra, si riconoscerà che tali obbiezioni non potranno pregiudicare al nostro avviso.

Del resto, noi non intendiamo insistere sopra questa quistione, la quale per sua natura rarissime volte suol presentarsi.

Art. 345+439. *Nè il cangiamento di stato delle parti, nè la cessazione dalle funzioni in forza delle quali stavano in giudizio, impedisce la continuazione della procedura.*

Nulladimeno, il reo che non avesse costituito patrocinatore prima del cangiamento di stato o della morte dell' attore, deve citarsi di nuovo a comparire entro otto giorni per veder ammettere le conclusioni dell' attore, e senza che vi sia bisogno dello sperimento della conciliazione.

C. di P., art. 72 e seg. 75, 1038.

CCLXXXVII. Se trattasi soltanto del cangiamento di stato di una delle parti (*ved. sopra quist.* 1276), la procedura, uniformemente all'articolo in esame, non rimane paralizzata, salvo nulladimeno l'eccezione contenuta nella seconda disposizione. Ogni volta adunque che succede la morte dell' attore o il suo cambiamento di stato, prima che il convenuto abbia costituito patrocinatore, l'erede o l'amministratore che vuole riassumere l'istanza in luogo dell'attore trapassato, o addivenuto incapace per cangiamento di stato, deve citare il convenuto nel *termine di otto giorni liberi, oltre l'aumento legale per la distanza*, a sentir ammettere le sue conclusioni precedentemente date, citazione la quale deve naturalmente contenere la dichiarazione di riassunzione d'istanza.

1283. *Se l'incapacità nascente da cambiamento di stato o da cessazione delle funzioni mercè le quali una parte procedeva, sopravvenga e si conosca prima che la causa sia in istato di essere decisa, le procedure sarebbero forse valide, in conformità dell' art. 345?*

Demiau Crouzilhac, pag. 259 e seg., risolve questa quistione per la negativa; ma noi osserviamo che l' art. 345 dispone precisamente pel caso in cui la causa non è nello stato di essere decisa, e crediamo che quest' articolo non ammetta alcuna distinzione. Questa opinione, che è quella benanche di Pigeau, tom. 1, pag. 404, verrebbe confermata, se ve ne fosse bisogno, dal motivo per cui la Corte di Aix, nelle osservazioni al progetto, dimandava formalmente che l'art. 351 fusse compilato a norma dell'interpetrazione datagli da Demiau Crouzilhac; ma che nulladimeno restò intatto, e forma

l'art. 345 del Codice. Or se l'intenzione del legislatore fosse stata quella di adottare l'osservazione della Corte di Aix, quest' articolo sarebbe stato diversamente compilato, dappoichè avrebbe dovuto esprimere una cosa affatto diversa da quello che enuncia: quì dunque le osservazioni delle Corti, lungi di servire, come può spesso accadere, ad interpetrare o a spiegare la legge nel senso in cui queste Corti proponevano compilarla, provano al contrario doversi altramente intendere.

Epperò conchiudiamo che la semplice mutazione di stato o la cessazione dalle funzioni di una parte, come allorchè una figlia maritasi, o che, terminando la tutela, il tutore cessi dalla sua amministrazione, non interrompe affatto la procedura, salvo a colui ch' è convenuto dimandare alla parte diligente di regolarizzarla. Il marito può intervenire se gli piace, il maggiore può riprendere il corso della lite; ma lo attore non è obbligato citarli. (*V. Thomines, pag.* 161, *ed il Coment. inserito negli Annali del notariato, tom.*2, *pag.*415.) (1).

1284. *In qual modo debbe intendersi la seconda disposizione dell' art.* 345*?*

Allorchè il convenuto non ha ancora costituito patrocinatore prima del cambiamento di stato o della morte dell' attore, non avvi più luogo, contro del convenuto, alla riassunzione d' istanza nella quale non è ancor parte; ma *l' avente causa dall' attore* deve citare il convenuto fra un nuovo termine di otto giorni, per veder ammettere le conclusioni date nello atto originale.

Tal'è la spiegazione data da Pigeau alla seconda disposizione dell' art. 345; ma Lepage nelle sue quistioni, pag. 229, aggiunge che questa disposizione, nei due casi da essa previsti, stabilisce non esservi luogo per parte del convenuto, ad avvanzare la dimanda per riassumere un'istanza nella quale non fosse ancora comparso, anche quando avesse desiderio di presentarsi. Ogni procedura cessa, dice quest' autore, fino a che convenga all' erede dello attore istesso, il cui stato è cangiato, di fare una novella citazione.

Noi crediamo benanche, che in queste circostanze non considerasi il giudizio come interamente impegnato in contraddizione delle parti, in modo che il convenuto trovasi nel medesimo stato in cui era nel giorno della citazione; donde conseguita che la procedura rimane sospesa per rispetto a lui, e che non addiviene parte in giudizio se non colla citazione fatta uniformemente all' art. 345.

1285. *La soluzione data nella precedente quistione applicasi forse al caso di cessazione dalle funzioni in ordine alle quali l'attore era in causa?*

È chiaro che siffatta quistione deriva dalla ragione che la seconda disposizione dell' art. 345 non esprime che i due casi di cambiamento di stato e di morte dell'attore, e tacesi su quello della cessazione dalle funzioni, in forza delle quali procedea l' attore.

Lepage, nelle sue Quistioni, pag. 29, ed Hautefeuille, pag. 188, credono che in questo ultimo caso evvi la stessa ragione di decidere. Se ne rimarrà convinto, dice il primo, se considerasi che il §. 1. dell'art. 345 non autorizza la continuazione delle procedure, in occasione del cambiamento di stato o della cessazione dalle funzioni di una delle parti, se non in favore dell' altra parte, la quale non deve esser soggetta ad un evento di siffatta natura. Ma se quest' altra parte non si è presentata, non ha dritto a dolersi dell' interrompimento delle procedure, le quali non sono l' opera sua; e sarebbe benanche ingiusto autorizzarla a scegliere, onde rientrare in causa, precisamente nel momento di cambiamento verificatosi da parte del suo avversario. Ecco, aggiunge Lepage, il motivo sul quale è fondato il §. 2 dello stesso articolo; or esso ritiene non solo il caso in cui

(1) Una decisione della corte di cassazione del 10 dicembre 1812 (*Sirey, tom.* 14, *pag.* 196) giustifica questa soluzione, decidendo che il matrimonio di una donna, contratto durante il corso di un giudizio, non impedisce la continuazione della procedura con essa; che le parti avverse non sono obbligate di chiamare il marito in causa, se il matrimonio non fu loro notificato, e che perciò la sentenza pronunziata contro di una donna dopo il suo matrimonio non può essere impugnata colla opposizione di terzo da parte del marito, sotto pretesto di non esser stato chiamato in causa.

Ma quegli che interpone appello avverso una sentenza pronunziata tra lui ed una donna maritata durante la lite, dee sotto pena di nullità, citare il marito in appello, per autorizzare la moglie; in questo caso non è necessario che il cangiamento di stato gli sia stato espressamente notificato. La ragione di questa decisione si è, che trattasi qui di un nuovo giudizio. — (*Cassaz.* 7 *agosto* 1815; *Sirey tom.* 15 *pag.* 346.)

avvenga la morte, o il cambiamento di stato dell'attore, ma benanche il caso in cui vengano a cessare le funzioni, in ordine alle quali procedeva nella causa.

ART 346 † 440. *I termini dello citozione per lo riassunzione d' istanzo o per la costituzione di nuovo patrocinatore, sono quelli prescritti al titolo* delle citazioni. *Lo citazione deve indicare i nomi tanto di quelli che erano stati patrocinatori in causa, quanto del giudice relatore, se vi sia.*

Jousse, sul tit. 6, dell'art. 1 dell'ordin. del 1667. — C. di P. art. 72.

CCLXXXVIII. La riassunzione d'istanza e la costituzione di un novello patrocinatore non possono essere se non volontarie, in tutt'i casi in cui la procedura non è sospesa, come allora la causa trovasi nello stato di esser decisa, allorchè una parte è spogliata dalle funzioni in forza delle quali agiva, allorchè soggiace ad un cambiamento di stato, e finalmente quando avvi revocazione di un patrocinatore.

Possono essere o volontarie o forzose in altri casi, val dire allorchè una parte muore, e l'atto di morte sia stato notificato, oppure allorchè il patrocinatore cessa di adempiere alle sue funzioni per causa di morte, di dimessione, interdizione o di destituzione, e tuttocciò durante il corso di un giudizio il quale non è nello stato di esser deciso. — (*Ved. i preliminari di questo titolo, pag.* 14.)

In questo caso gli atti di procednra e le sentenze emanate dalla sospensione della procedura fino alla riassunzione d'istanza, o alla costituzione del novello patrocinatore, sono nulle.

Epperò, allorchè la parte la quale deve riassumere l' istanza o costituire un'altro patrocinatore, non si disponga a farlo volontariamente, fa duopo ricorrere alla guistizia per costringerla; il che si fa per mezzo della citazione per la riassunzione d'istanza, o per la costituzione di un nuovo patrocinatore.

Siffatta citazione, la quale non ha per oggetto se non una dimanda incidente, non debb' essere precednta dallo sperimento di conciliazione, essendo d' altronde notificata nelle forme prescritte e nei termini fissati per le citazioni, e dovendo inoltre indicare i nomi dei patrocinatori che agiranno al momento della sospensione della procedura, e quello del giudice relatore, se si trovasse già destinato.

1286 *Lo citozione di cui trattiomo deve forse contenere lo copia degli otti di procedura?*

Berriat Sait-Prix, pag. 348, not. 38, dice che bisogna rilasciare una novella copia dei documenti, secondo nna decisione del parlamento di Grenoble, del 17 luglio 1671; ma questo autore osserva nello stesso tempo che Jousse, sull' art. 2 del tit. 26 dell' ordin. pretende esser sufficiente la notificazione della copia dell'ultimo atto di procedura, nel mentre che Rodier, sullo stesso articolo sostiene che questo non è nemmeno necessario, tranne se la parte citata non lo richiegga.

L'uso, dicono gli antori del Comentario inserito negli Annali del notariato, tom. 2, pag. 416, è di seguire la opinione di Jonsse. Ma, poichè l'art. 346 non prescrive affatto notificarsi la detta copia, così avvisiamo con Hautefnille, pag. 189, esser sufficiente riportare l' nltimo atto notificato nella causa.

Del resto, se non si fosse fatta questa menzione, non si potrebbe arguire di nullità la citazione, perciocchè l' art. 346 non la commina affatto: spetta alla parte citata per la riassunzione o costituzione, la quale mediante la citazione è istruita dei nomi dei patrocinatori che agivano, e del relatore, se ve ne ha, di prendere in virtù dei docnmenti, tutte quelle indagini che crederà opportune sullo stato della procedura.

ART. 347 † 441. *L' istanza sarò riossunta con un atto di patrocinatore o patrocinatore.*

T. 71.

CCLXXXIX. Se la parte citata per la riassunzione d'istanza, o per la costituzione di un novello patrocinatore, vuole annuire alla dimanda, la riassunzione o la costituzione ha luogo con nn semplice atto di patrocinatore a patrocinatore.

Termina allora ogni procedura nata sull'incidente, ed il giudizio si prosegue come ordinariamente, senza che possono esservi, per terminare l'istruzione cominciata, altri termini diversi da quelli che rimangono a decorrere.

1287. *L' art. 347 è forse applicobile olla riassunzione d'istanza fatta volontariamente dall' avente causa del defunto?*

Le quistioni risolute sull' art. 346, riferisconsi al caso in cui la riassunzione d'istanza è forzata colla citazione rilasciata in conformità di quest' articolo; ma può accadere che gli aventi causa della parte trapassata non attendono questa citazione per conseguirne l'oggetto.

In quest' ultimo caso, essi riassumono l' istanza con un' atto di patrocinatore a patrocinatore, uniformemente all' art. 347, la cui disposizione è evidentemente applicabile, tanto alla riassunzione forzata, quanto a quella volontaria.

Bisogna osservare inoltre che questo medesimo articolo applicasi necessariamente alla costituzione di novello patrocinatore, avvegnachè siffatta costituzione si fu sempre con atto del patrocinatore della parte avversa.

1288. *Se dopo una citazione di riassunzione d' istanza, le due parti agiscono volontariamente, senza che fosse stato preliminarmente notificato l' atto di riassunzione, debba l' istanza ritenersi per riassunta in forza di questo tacito consenso?*

Questo caso può accadere soventi volte, perciocchè la riassunzione d' istanza non ha luogo se non in caso di morte di una delle parti. Or questa parte aveva un patrocinatore, e se questo patrocinatore continua la procedura, in virtù di facoltà ed in nome degli aventi-causa, non vediamo la necessità di un'atto particolare per la riassunzione: l'istanza sarà dunque ritenuta per riassunta sul primo atto notificato. Tal' è l' opinione dei Comentatori della ordinanza e fra gli altri, di Jousse sull' art. 2, del tit. 26.

Tal'è benanche quella dei giureconsulti che hanno scritto sul Codice.

ART. 348 + 442. *Se la parte citata per la riassunzione d'istanza contraddice, l' incidente è giudicato sommariamente* (1).

T. 75. — C. di P., art. 404 e seg. — Ved. le nostre quist. sull' art. 397

CCXC. Se la riassunzione o la costituzione non è stata fatta nei termini accordati per la citazione, decorsi tali termini, l' incidente è deciso alla udienza e giudicato sommariamente.

1289 *Dal perchè l'incidente previsto dall' art. 348 debb' essere deciso sommariamente, ne risulta forse che bisogna chiedere l' udienza con un semplice atto di avviso, e senza che siavi bisogno di notificare alcuna difesa per iscritto?*

Molti autori decidono affermativamente siffatta quistione; ma l' art. 75 della tariffa prova il loro errore, perciocchè tassa l' importo di un' istanza e di una risposta a quest' istanza.

Siffatta osservazione ci fornisce l' occasione di ricordare che la parola *sommariamente*, adoperata in molti articoli del Codice, non significa che l' istruzione sarà sempre fatta come nelle cause enunciate sotto il titolo delle materie sommarie, ma nel modo indicato nella quistione 738, tom. 2, pag. 26. — (*Ved. d' altronde Berriat Saint-Prix, pag.* 331.)

1290. *Se gli eredi si oppongono alla dimanda di riassunzione d'istanza, o a quella di costituzione di un novello patrocinatore, sulla ragione di aver essi rinunciato alla succesione, come dovrà regolarsi l' attore?*

L'attore deve far nominare un curatore alla *eredità giacente*, citarlo per la riassunzione d'istanza o per la costituzione di un novello patrocinatore, se abbiavi luogo, ed agire contro di lui. (*Ved. Pothier, Cap.* 5, *sez.* 3, §. 2.)

1291. *Gli eredi citati per la riassunzione d'istanza o per la costituzione di un novello patrocinatore sono forse ammessi a dedurre l' eccezione dilatoria relativamente al termine stabilito dagli art.* 797 *e* 798 + 714 *e* 716 *del Codice civile*, *e* 174 + 268 *del Codice di procedura, per fare inventario e deliberare?*

La nostra opinione affermativa è uniforme a quella di Delaporte, tom. 1, p 328, di Pigeau, tom. 1, p. 409, Berriat Sainx-Prix, pag. 349, e degli autori del Pratico, tom. 2, pag. 330: opinione d'altronde uniforme a quella enunciata da Bornier e da Jousse, sull' art. 2 del tit. 26 dell'ordinanza (2).

(1) GIURISPRUDENZA.

L' azione per la riassunzione d' istanza si prescrive collo stesso corso di tempo con cui si prescrive l' azione principale. Così per esempio, allorchè l' azione principale è un azione di rescissione sottoposta alla prescrizione di dieci anni per effetto delle ordinanze del 1510 e 1535, l' azione per la riassunzione d' istanza è soggetta alla medesima prescrizione. — (*Cassaz. 24 ved. anno* 12; *Sirey tom.* 4, *pag.* 64.)

(2) Ma Demiau-Crouzilhac, pag. 262 sostiene il contrario; fondandosi primieramente sulla

Art. 349 † 443. *Se entro il termine assegnato, la parte citata per la riassunzione d'istanza o per la costituzione di patrocinatore, non comparisce, si pronunzia sentenza contumaciale, colla quale viene ordinato che la causa s'intenda riassunta e che si debba continuare sulle ultime procedure senz'altri termini che quelli che restavano a decorrere* (*).

C. di P. art. 149 e seg.

CCXCI. La legge non suppone che nell'udienza fissata per la citazione fatta in conformità dell'art. 346, il convenuto per la costituzione del novello patrocinatore possa contraddire

disposizione dell'articolo 349 † 443 cha proibisce di accordare altri termini oltra quelli i quali restano a decorrere; in secondo luogo, sull'articolo 779 † 696 del codice civile, il quale dichiara che gli atti puramente conservativi, di sorveglianza e di amministrazione, non sono atti di adizioni di eredità, se non siasi preso il titolo o la qualità di eredi. Or, secondo la sua opinione, tuttocciò che dice l'articolo 349 † 443 pel caso in cui la parte citata non si presenta, dee applicarsi *a fortiori* a quello in cui si presenta, e siccome questo articolo esclude indistintamente, qualunque termine, così bisogna conchiudere che se esso avesse voluto che la procedura fosse sospesa durante il termine accordato per far l'inventarlo e deliberare, non avrebbe mancato di dirlo in questo luogo. D'altronde non si può considerare coma atto di erede la parte che colui ch'è chiamato a succedere, prende in una causa cominciata dal defunto, allorchè nel tempo stesso dichiara non avere intenzione di assumere alcuna qualità. In tal caso egli non ha altro oggetto se non di liberare l'eredità da una condanna qualunque, agendo come se fosse un'amministratore: epperò si può costringerlo a riassumere un istanza, senza ch'ei possa opporre l'eccezione risultante dal termine di far l'inventario e deliberare.

Tali sono le ragioni che determinarono Demiau-Crouzilhac; ma noi non la giudichiamo abbastanza fondate in dritto per rigettare senza distinzione il sentimento opposto degli autori sopra citati.

E sulla prime, crediamo potere aver per fermo, che l'art. 349 non comprende nella sua proibizione i termini per far inventario e deliberare, siccome lo proveremo nalla quistione 1293: che se fosse altrimenti, si supplirebbe alle disposizioni dell'art. 174†268 del codice di procedura con una eccezione la quale non è testualmente pronunziata dall'art. 349, giacchè, siccome dice lo stesso Demiau, pag. 240, in occasione di una quistione di cui abbiam trattato nel n. 1241 per far cessare un principio generale, bisogna che vi sia un'eccezione espressa. Or l'art. 174 stabilisce come principio generale, che qualunque erede ha il dritto di opporre l'eccezione risultante dall'esser egli ne' termini accordati per far l'inventario e deliberare: eccezione che in verità non distruggerà la dimanda per la riassunzione d'istanza, ma che ne differirà la procedura, come in qualunque altro caso, — (*Vedi la quistione* 756.)

Ma questa opinione acquisterà un nuovo grado di forza, se proviamo che la disposizione dell'articolo 779 del codice civile non si può generalmente applicare al caso proposto.

All'oggetto ricordiamo quanto dicemmo sulla quistione 757, che le persone alle quali apparti-ne il dritto di opporre l'eccezione dilatoria per far l'inventario a deliberare, non possono far uso di questa eccezione, se trattasi di dimande puramente conservative e di amministrazione, perchè gli articoli 179 † 188 e 1454 † 1419 del codice civile autorizzano esse medesime a formare simili dimande, senza che possano considerarsi come se avessero fatto atti d'erede; così, per esempio, trattandosi nella riassunzione d'istanza, per la quale esse fossero citate, sia di un sequestro presso terzo, sia di riparazioni da farsi a certi fondi, ec; si potrebbe insistere per la riassunzione d'istanza, non ostante l'eccezione dilatoria di cui è quistione.

Ma se si tratta di qualunque altra controversia, di quella, per esempio, risguardante alcuni dritti la cui privazione diminuisse lo stato attivo della eredità, e la cui aggiudicazione fatta a favore della parte avversa aumentasse lo stato passivo della stessa eredità, ci sembra esser fuori d'ogni dubbio che non si potrebbe forzare un erede atto a succedere, a riassumere l'istanza prima dallo spirar de' termini concessigli dalla legge per far l'inventario a deliberare. In tal caso non trattasi più di atti che la legge qualifica come *atti conservativi*.

Del resto Demiau, dicendo che l'erede dee protestare, riassumendo l'istanza, cha agisce esclusivamente nella qualità di amministratore, non convenne forse implicitamente ch'egli ha dritto all'eccezione? In effetti, nel caso in cui la controversia non ha alcun rapporto colla conservazione o coll'amministrazione, qual ragionevole motivo potrebbesi addurre per obbligarlo a sostenere una lite, la quale in fin dei conti gli diverrebbe indifferente se rinunziasse all'eredità? E d'altra parte, si potrebbe esigere ch'egli la sostenesse in qualità di amministratore, quando essa non risguardasse l'amministrazione?

(*) Nel nostro articolo si sono credute inutili le ultime espressioni contenute nell'articolo francese 349; come inutili si son creduti benanche, e quindi soppressi, gli articoli 350, e 351. Ed in vero essi non prescrivono alcuna cosa la quale non si rilevi dalle regole generali, e precisamente da quelle contenute nel nostro art. 250.

sull' incidente. Di fatti supponendo esistere in questa circostanza qualche motivo di controversia, bisognerebbe, per proporlo, cominciare dal costituire un patrocinatore, e siffatta costituzione è precisamente tutto quello che si dimanda alla parte citata.

Ma non è così rispetto al convenuto per la riassunzione d' istanza ; esso può avere delle giuste ragioni per opporsi alla dimanda, sia impugnando la qualità in ordine alla quale gli si fa la citazione, sia deducendo alcune dilatorie eccezioni, come quelle risultanti dai termini accordati all' erede per fare inventario e deliberare.

Egli è dunque naturale che il convenuto per la riassunzione d' istanza comparisca, e quello per la costituzione di patrocinatore si renda contumace, allorchè non vuole prestare acquiescenza alla dimanda.

Intanto è possibile che entrambi non compariscano alla prima udienza che siegue lo spirare dei termini della citazione. In questo caso ha luogo una sentenza contumaciale, la quale ritiene per riassunta l' istanza, ed ordina che si procederà secondo *gli ultimi atti di procedura* (*ved. la not.* 2, *pag.* 14), senz'altri termini, tranne quelli che rimangono a decorrere.

1292. *Se di molte parti citate per la riassunzione o per la costituzione di un novello patrocinatore, una di esse si renda contumace, bisogna forse applicare l'art.* 153, *e per conseguenza riunire l' effetto della contumacia, ed ordinare una novella citazione al contumace ?*

Noi nol pensiamo, per la ragione che l'effetto della contumacia risguarda soltanto la riassunzione e non il merito della causa. Perciò l'effetto della contumacia dev' essere giudicato alla scadenza della citazione. Quel che lo prova, dice Demiau, p. 263, si è che l'art. 351 † T. accorda indistintamente il mezzo dell' opposizione contra la sentenza da pronunziarsi, nel mentre che l' art. 153 † 247 lo vieta nel caso in cui l' effetto della contumacia fosse stato riunito in conformità delle sue disposizioni.

1293. *Qual' è il senso della disposizione colla quale l' art.* 349 *vieta di accordare altri termini diversi da quelli che restano a decorrere ?*

Siffatta disposizione debb'intendersi nel senso cioè, che se al momento della morte della parte o del patrocinatore, restano termini a decorrere, la parte obbligata a riassumere l' istanza o a costituire un novello patrocinatore, non ha se non il rimanente del termine per adempiere ad una data formalità, o obbligazione che fosse prescritta (1).

ART. 350 † T. *La sentenza profferita in contumacia contro una parte sulla dimanda di riassunzione d' istanza o di costituzione di nuovo patrocinatore, verrà notificata da un usciere destinato dal tribunale. Se la causa è in rapporto, la notificazione deve enunciare il nome del giudice relatore.*

T. 29. — C. di P., art. 95, 156.

CCXCII. La sentenza contumaciale uniformemente a quest' articolo, è quella che sarà pronunziata contro una parte, su di una dimanda *incidente* per la riassunzione d' istanza, o per la costituzione di un novello patrocinatore.

Dev' esser spedita e notificata alla detta parte contumace da un usciere delegato a tale oggetto o colla stessa sentenza, o in forza di un' ordinanza del presidente.

ART. 351 † T. *L' opposizione alla sentenza contumaciale è portata all' udienza anche nelle cause che si trovano in rapporto.*

C. di P., art. 95, 157 e seg., 165.

(1) Quindi Pigeau, tom. 1, pag. 408, suppone, per esempio, che colla sentenza preparatoria, sia stato ordinato che entro tre mesi il convenuto esibisca il tal documento : egli muore in capo di due mesi e dieci giorni : e quindi resteranno al citato per la riassunzione d'istanza o per la costituzione di patrocinatore soli venti giorni, da computarsi dalla notificazione della sentenza, per produrre il documento in quistione. In una parola, il legislatore coll' articolo 349 † 443 ha voluto che la riassunzione d' istanza, o la costituzione di novello patrocinatore, non potesse in alcun modo servire di pretesto alla parte contro della quale è ritenuta l' istanza come riassunta, onde prolungare la causa oltre i termini ne' quali sarebbe stata in grado di esser decisa senza queste circostanze ; che sotto tal rapporto questa parte è messa in luogo del defunto, se trattasi di una citazione per riassunzione d' istanza ovvero nella situazione in cui essa era all' epoca nella quale aveva ancora il suo patrocinatore, se trattasi di costituirne un nuovo. Ma è chiaro che il termine accordato ad un erede per far l' inventario e deliberare, è indipendente da questi termini di *procedura*, de' quali tratta unicamente l' articolo in esame; il primo termine non risguarda l' istruzione della causa, ma è relativo soltanto alla persona.

CCXCIII. La parte contumace può nei termini, e secondo le forme ordinarie, produrre opposizione contro la sentenza di cui parla l'articolo in esame. Per questa opposizione chiedesi in seguito l'udienza, ancorchè le cause trovansi messe a rapporto, ed il tribunale vi giudica come di dritto.

Spirato il termine dell'opposizione, se la parte contumace ha continuato a serbare silenzio, procedesi alla sentenza definitiva la quale ugualmente è pronunziata in contumacia.

1294. *Può forse l'opposizione riunirsi al merito della causa?*

Se si è prodotta opposizione avverso la sentenza contumaciale in conformità dell'art. 349, risulta evidentemente dall'art. 351 che dessa forma un incidente per cui deve chiedersi l'udienza, e sul quale il tribunale deve decidere isolatamente, ed indipendentemente dal merito della contestazione, la quale non potrebb' essere decisa se non dopo siffatto incidente. (*V. Demiau Crouzilhac, pag.* 264, *ed il Com. degli Annali del not. tom.* 2, *pag.* 420.

Modello di notifica della morte di una delle parti.

Il signor A... già patrocinatore del signor Paolo, dichiara al signor B... patrocinatore del signor Pietro, che il detto signor Paolo ha cessato di vivere li... affinchè il detto signor B..., non lo ignori, nè faccia perciò procedura alcuna contro di lui nella istanza pendente fra i detti Paolo e Pietro; del che ec.

Modello di atto di riassunzione d'istanza.

Ad istanza del signor Giovanni, in nome, e come solo unico erede del defunto signor Paolo fratello di suo avo;

Si dichiara al signor A... patrocinatore del signor Pietro.

Che il detto signor Giovanni, nella sua qualità di erede del detto signor Paolo, ha riassunta e riassume l'istanza già da prima pendente avanti questo tribunale (o *questa corte*) fra i detti signor Paolo e Pietro, affin di procedere nella medesima in continuazione degli ultimi atti: del che ec.

Modello di citazione per riassunzione d'istanza.

L'anno ec. Ad istanza del signor Paolo ec... io ec... ho citato il signor Pietro, erede del fu signor Pietro suo padre ec... a comparire entro otto giorni ec. per sentir pronunziare che nel giorno della denunzia della sentenza da emettersi il signor Pietro sarà obbligato di riassumere l'istanza già pendente in questo tribunale fra il detto signor Paolo, che aveva per patrocinatore il signor A... il quale agirà nella detta istanza, e sulla presente dimanda, ed il fu signor Pietro padre del convenuto, che avea per suo patrocinatore il signor B... altrimenti che la detta istanza si terrà per riassunta; ed in tutti i casi; che si procederà secondo gli ultimi atti e senza che vi possano essere altri termini fuori di quelli che rimangono a decorrere; ed inoltre per sentirsi condannare alle spese: E al detto signor Pietro parlando come sopra, ho lasciato copia del presente.

Modello di sentenza in contumacia che dichiara la causa riassunta.

Fra il signor Paolo, attore per riassunzione della istanza contenuta sulla citazione per l'usciere N. N. in data del.... debitamente registrata li.... comparente per mezzo del signor A.... suo patrocinatore.

Contro il signor Pietro, convenuto in virtù del detto atto, non essendo egli comparso, nè altra persona per lui.

In fatto

Con atto del dì.... il signor Paolo ha fatto citare il signor Pietro padre, affinchè,.... Posteriormente il signor Pietro è morto, lasciando per solo ed unico erede il signor Pietro figlio; ed il signor Paolo ha fatto contro quest'ultimo la dimanda per riassunzione d'istanza summentovata.

In dritto

Quistioni. Poichè il signor Pietro non è comparso si dovrà tenere per riassunta l'istanza che pendeva tra suo padre ed il signor Paolo?

Il tribunale, considerando che il signor Pietro, erede del fu signor Pietro suo padre, è successore ai dritti di lui nella istanza pendente tra lui ed il signor Paolo.

Dà atto della contumacia contro il signor Pietro, e dichiara riassunta con lui la causa pendente tra il signor Pietro suo padre, e il signor Paolo; ordina che le parti procedono in continuazione degli ultimi atti, e condanna il contumace alle spese.

Modello di dimanda per far destinare un usciere per intimare la sentenza.

Al signor presidente del tribunale di.

Paolo fa istanza che, vista la sentenza annessa alla presente, pronunziata il... in contumacia del signor Pietro dimorante in.... In nome e come erede di suo padre, la quale dichiara riassunta col detto signor Pietro nella detta qualità, l'istanza presente fra l'esponente ed il fu

signor Pietro padre, vi piaccia nominare un usciere per fare la intimazione ec.

Ordinanza

La sopraddetta sentenza s'intimi dall' usciere N. N. — Dal palazzo di giustizia ec.

Modello d' intimazione della sentenza che dichiara riassunta l' istanza.

L'anno ... il dì ... In virtù di ordinanza del presidente del tribunale di ... in data di ... su dimanda presentatagli dal signor Paolo registrata a ... ad istanza del detto signor Paolo, dimorante in ... ho intimato e lasciato copia al signor Pietro ... di una sentenza contumaciale pronunziata contro di lui il ... dal tribunale di ..., la quale dichiara riassunta l'istanza pendente tra il richiedente ed il fu signor Pietro; dichiarandogli che in esecuzione della detta sentenza porterà la sua causa all' udienza del tribunale nel dì .... e ciò a fine che il signor Pietro non lo ignori, e si presenti, se lo stimi conveniente, dichiarandogli che in detto giorno, o altro, si pronunzierà la sentenza o che il signor Pietro si presenti, o che sia contumace. Ed ho lasciato al detto signor Pietro, parlando a ... copia tanto della istanza ed ordinanza di sopra menzionate non che del presente atto.

Modello di sentenza che rigetta la dimanda.

Il tribunale, considerando che la successione del fu signor M ... non è deferita al signor B ..: suo cugino germano, ma al signor E ... suo nipote, come apparisce dal titolo dell' inventario fatto dopo la morte del detto A ...., a richiesta di E .... in qualità di erede del defunto; assolve il signor B ... dalla dimanda fatta dal signor A ... per riassumere l' istanza pendente fra il signor A .... ed M .... introdotta con atto di citazione principale del dì ... Condanna il signor A ... alle spese.

Modello di sentenza che ordina la riassunzione di istanza, altrimenti si considera per riassunta.

Il tribunale, considerando che per contratto del dì ... il signor B ... ha venduto una casa dipendente dalla successione di M .... che in virtù di questa vendita egli ha accettato la successione: e che perciò la riassunzione fattane da lui alla cancelleria del tribunale ... lì ... non può essere di alcuna considerazione, — Senza arrestarsi, nè aver riguardo alle ragioni d' inammissibilità proposte dal signor B ... le quali rigetta;

Lo condanna a riassumere, nel termine di tre giorni da contarsi dalla denunzia della presente sentenza, l' istanza, pendente innanzi questo tribunale fra il signor A ... ed il signor B ... giusta gli ultimi atti; altrimenti mettendosi da detto signor B ... di riassumere la detta istanza dentro il detto termine, in virtù della presente sentenza e senza che vi sia bisogno di altro, ritiene la detta istanza per riassunta, ed ordina che si proceda in continuazione degli ultimi atti. Condanna il detto signor B ... alle spese.

Modello di citazione per costituzione di nuovo patrocinatore.

L'anno ec. ... ad istanza del signor Paolo ec. si cita il signor Pietro ec .... per sentir ordinare che nel giorno della causa esso signor Pietro sarà obbligato di costituire un nuovo patrocinatore in luogo del signor B ... defunto (*o dimissionario ec.*), nel giudizio pendente avanti il tribunale tra il detto signor Paolo, il quale avea per patrocinatore il signor A ... che continuerà ad agire, ed il detto signor Pietro il quale avea per patrocinatore il mentovato defunto signor B .. e di procedere nel detto giudizio in continuazione degli ultimi atti, in contrario si procederà oltre, ed in conseguenza saranno aggiudicate allo stesso signor Pietro le sue conclusioni ec.

Modello di costituzione di patrocinatore.

Il signor C .... patrocinatore presso il tribunale civile di ...

Dichiara al signor A .... patrocinatore di Paolo, ch' egli procederà pel signor Pietro, nella causa introdotta da esso signor Paolo con citazione del dì .... e pendente tra le parti, in luogo del signor B ... che agiva pel detto signor Pietro in detta causa ec.

QUINTA SUDDIVISIONE.

TITOLO XVIII.

Della disapprovazione del fatto dei patrocinatori (1).

In generale, il contratto che formasi fra la parte ed il suo patrocinatore ha i caratteri e deve produrre gli effetti del mandato; ma gli atti fatti da un patrocinatore non sono nulli di pieno dritto, come nella specie di un mandato ordinario. (*Cod. civ.* 1939 † 1811 *e* 1998 ÷ 1870.) Essi sono soltanto soggetti ad annullamento in seguito di azione per disapprovazione.

A questa azione ha dritto ogni parte la quale pretenda che un' *uffiziale ministeriale* non

(1) Vedi sopra, tom. 1, pag. 137 e seg.

ha ricevuto affatto l' incarico di agire o fare atti per lei, oppure abbia ecceduto i limiti del suo mandato.

La disapprovazione è l' atto che racchiude siffatt' assunto, ed in questo senso dicesi che *la disapprovazione sarà intentata in cancelleria* (art. 353 † 445) *e notificata con atto di patrocinatore a patrocinatore* (art. 354 † 446) ec.

Il suo oggetto è di procurare alla parte offesa la riparazione del torto cagionatole dal fatto indiscreto o colpevole dell' ufficiale ministeriale.

Distinguonsi due specie di disapprovazione, la *disapprovazione principale*, intentata direttamente contro di un fatto, ed indipendentemente da ogni altra istanza, e la *disapprovazione incidente*, intentata contro di un'atto notificato in un giudizio.

In tutt'i casi l'azione non è ammessa se non per rispetto agli atti pei quali la legge esige una procura speciale (*art.* 352), e che la parte non ha d' altronde eseguiti o ratificati, sia espressamente con un' approvazione scritta, sia tacitamente con un fatto qualunque, il quale si trovasse in opposizione diretta colla disapprovazione. (*Ved. Cod. civ art.* 1338 † 1292). Applicasi qui il principio che la ratificazione equivale al mandato. *Ratihabitio mandato aequiparatur* (1).

Art. 352 † 444. *Senza un mandato speciale della parte, nessuno può fare o accettare alcuna offerta, confessione o prestare alcun assenso, sotto pena di esser soggetto alla disapprovazione* (2).

Ordin. del 1667, tit. 35, art. 34. — C. C. art. 1109, 1258, e seg. 1356, 1987. — C. di P., art. 49, 73 e seg. 812, e seg.

CCXCIV. Gli uscieri, come i patrocinatori, sono benanche esposti alla disapprovazione, sebbene la legge non sembra occuparsi qui se non dei patrocinatori i quali hanno agito senza mandato (3).

È noto che il mandato *ad lites* ha luogo fra una parte ed il suo patrocinatore, colla semplice

(1) Appunto per questa ragione, nel caso in cui gli atti disapprovati avessero dato luogo ad una sentenza passata in giudicato, questa sentenza è considerata come renduta in contumacia *per mancanza di comparsa della parte*, colla sola differenza che l' azione di disapprovazione è ancora ammissibile negli otto giorni dopo la esecuzione, mentre che l' opposizione nol sarebbe più. La legge suppone *aquiescenza*, se la parte ha lasciato passare questo termine (*Art.* 362 † 454.)

(2) GIURISPRUDENZA.

1. Allorchè innanzi ad un tribunale di prima istanza si fecero delle dichiarazioni in nome di una delle parti, le quali sieno ed esser pregiudizievoli, la parte non sarebbe obbligata, se queste dichiarazioni non fossero inserite ne' motivi della sentenza, di avvalersi del mezzo della disapprovazione prima d'interporre appello. In questo caso, la parte ha potuto credere ch' esse non abbiano in nulla influito sulla decisione pronunziata in suo pregiudizio. — (*Parigi*, 12 *aprile* 1806 *Sirey*; *tom.* 7, *pag.* 902).

2. Ancorchè il cancelliere abbia menzionato sul registro originale di una sentenza, che un patrocinatore ha data all' udienza delle conclusioni in nome di una parte, ed abbia scritto sull' istanza che la dispositiva della sentenza fu combinata di accordo con lui, non è sempre necessario avvalersi del mezzo dell' iscrizione in falso, per provare che queste enunciazioni del cancelliere non sono vere. In questo caso, se il patrocinatore non ha firmato l' istanza, si può provare con un concorso di circostanze di non aver lai affatto agito, e limitarsi così alla semplice dichiarazione di disapprovazione. — (*Parigi* 27 *marzo* 1806; *Sirey*, *tom.* 7, *parte* 2, *pag.* 959, *e sopra*, *tom.* 1, *pag.* 341, *nota* 6.)

(3) Molte disposizioni del titolo 18 farebbero per lo contrario facilmente presumere che l' azione di disapprovazione, di cui esso stabilisce le regole e le forme, non possa intentarsi se non se contro a' patrocinatori; tali sono tra le altre quelle degli art. 354 † 446 e 355 † 447.

Il tribuno Perrin, nella definizione da lui data all' azione per disapprovazione, sembra somministrare un argomento in favore di questa interpetrazione ristrettiva dell' art. 352: si è quella, egli dice, che appartiene alla parte il cui *patrocinatore* ha eccedute le facoltà, e compromessi gli interessi.

Comunque sia, noi pensiamo, colla maggior parte degli autori che scrissere sul nostro codice, per esempio, con Merlin, nel suo *Nuovo Repertorio*, alla parola *disapprovazione*, tom. 3, pag. 583, con Pigeau, tom. 1, pag. 411, con Berriat-Saint-Prix, pag. 350, nota 4, e finalmente con Locrè, tom. 6, pag. 16, che un usciere può essere disapprovato nei casi previsti dall' art. 352, e che questa disapprovazione dee istruirsi nella stessa maniera che quella di un patrocinatore.

Questa proposizione era certa sotto l' imperò dell' antica giurisprudenza, ed i termini generali in cui si esprime l' art. 352, la circostanza che la legge in molti casi esige che gli uscieri sian muniti di un mandato speciale, ci sembrano autorizzare l' azione di disapprovazione contro al fatto dell' usciere.

consegna delle carte che la prima fa al secondo.

Ma la facoltà nascente da siffatta consegna limitasi agli atti ordinarî d'istruzione ed allo sviluppamento delle ragioni che risultano o dai documenti, o dalla legge.

Se dunque trattasi, nel corso di un giudizio, di fare o di accettare delle offerte, di approvare o disapprovare taluni fatti, di dare un consenso che risguardi il dritto o l'esercizio del dritto, di deferire il giuramento decisorio, di elevare incidenti straordinarî, come una iscrizione in falso, una ricusa di giudici o di periti, una dimanda di rimessione da un tribunale ad un'altro, per causa di parentela o di affinità, il patrocinatore deve ottenere una procura speciale sotto pena di disapprovazione. —(*Ved. qui appresso quist.* 1297, 1298).

In generale, allorchè un'uffiziale ministeriale non è disapprovato dalla parte in nome della quale agisce, devesi supporlo sufficientemente autorizzato: la parte non può dunque esigere da lui ch'egli presenti la sua procura, e molto meno formare la dimanda di disapprovazione.

Intanto vi sono dei casi in cui la legge vuole imperiosamente che diasi copia del mandato in testa dell'atto, o che l'atto medesimo sia firmato dalla parte a richiesta della quale è fatto. Allora colui contro del quale si agisce può non disapprovar l'atto, ma sostenere ch'è nullo.

1295. *Avvi forse azione per disapprovazione contro di un' avvocato?*

Noi pensiamo, con Duparc-Poullain, tom. 8, pag. 149, che l'azione per la disapprovazione non può aver luogo contro l'avvocato, in quanto che risguarda puramente il suo ministero. Egli non è obbligato di prendere quelle precauzioni alle quali trovasi esposto il patrocinatore, anche nelle circostanze in cui ha bisogno di un mandato particolare. A prescindere che presumesi che egli difenda la causa a norma dei suoi lumi e della sua coscienza, non spetta a lui, ma al patrocinatore di munirsi della procura speciale necessaria per la validità delle offerte, consensi ec. Che se costui prestasse consensi, facesse delle confessioni, o delle offerte svantaggiose al suo cliente senza un simile mandato, potrebbe certamente la parte disapprovarle, ma però siffatta disapprovazione non darebbe luogo a rhiamare l'avvocato in causa, ma sarebbe diretta solamente contro il patrocinatore.

Ed in effetti, gli avvocati esercitano *liberamente* il loro ministero per la difesa della giustizia e della verità: bisognerebbevi dunque, per poterli molestare relativamente a tutto ciò ch'essi avessero detto nell'esercizio delle loro funzioni, un dolo pienamente provato, una prevaricazione.

Ma la prevaricazione dell'avvocato sarebbe benanche più punibile di quella del patrocinatore, a causa della dignità e della nobiltà della professione.

Del resto, spetta al patrocinatore di disapprovare altamente e pubblicamente all'udienza le asserzioni dell'avvocato, se fossero pregiudizievoli alla causa, e dopo tale disapprovazione, cesserebbero di avere influenza sull'animo del giudice. Diversamente presumesi che quanto ha detto l'avvocato l'abbia fatto col consenso del patrocinatore, ed allora contro di lui soltanto dovrebbe intentarsi l'azione di cui trattiamo.

Son questi i principî stabiliti da due decisioni riportate nel nuovo Repertorio alla parola *avvocato*, § 9, tom. 1, pag. 614. (1)— (*Ved.*

(1) Non bisogna dissimulare potersi contro alla nostra opinione, desumere qualche induzione da una decisione della corte di Brusselles de' 15 marzo 1810 (*Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 263), ed opporre inoltre un arresto della corte di cassazione del 16 marzo 1814, egualmente riportato da Sirey, tom. 14, pag. 296, il quale decise che *l'avvocato assistito dal patrocinatore, ha rappresentato la parte, e le confessioni che ha potuto fare nell'aringa reputansi come fatte dalla parte stessa.*

Laonde, considerando che la parte non avea disapprovato *legalmente* l'avvocato che avea aringato per essa innanzi alla corte di appello, questo stesso arresto dichiara non potersi impugnare la confessione di costui.

Noi comprendiamo che in questa circostanza, può dirsi non esservi contravvenzione alla legge, e per conseguenza materia a cassazione, allorchè i giudici, sul motivo di una tale confessione, dichiarano il tutto sufficientemente provato; ma persistiamo altresì in pensare non esservi mai luogo ad intentare contro dell'avvocato un azione di disapprovazione, a norma delle disposizioni del presente titolo. La discussione intervenuta nel consiglio di stato prova, che l'azione di cui questo titolo stabilisce le forme, non procede che contro gli officiali ministeriali (*vedi i preliminari a questo titolo e la quistione* 1111); e se può esservi luogo a quest'azione nel caso da noi qui sopposto, essa non può esser diretta, come abbiam detto più innanzi, se non contro al patrocinatore presente all'arringa dell'avvocato, ed a cui appar-

Serres, *tom.* 14 , §. 7 ; NUOVO DENISART , *alla parola* disapprovazione, §. 1, *pag.* 295).

1296. *L' azione per disapprovazione compete forse contro del mandatario il quale avesse litigato davanti un tribunale di commercio ?*

La corte di Rouen, con decisione del 1 marzo 1811, citata da Sirey , tom. 11, pag. 233, giudicò esser questo mandatario soggetto alla disapprovazione come lo sarebbe un patrocinatore, se desse nella sua aringa qualche consenso nocivo al suo cliente senza aver da lui ricevuto un mandato *ad hoc*.

Due decisioni della Corte di appello di Rennes , l' una del 19 luglio 1808 , l' altra del 9 maggio 1810 (*ved. Giornale delle decis. di questa Corte*, *tom.* 1, *pag.* 132, *e la Giurispr. delle Corti sov.* , *t.* 3. *pag.* 244) , fan presumere un simigliante avviso , avendo dichiarato , per ragioni che saranno sviluppate sotto l' art 356 , che l' azione di disapprovazione non può in questo caso esser giudicata se non innanzi ai tribunali civili del dipartimento.

A siffatte decisioni potrebbesi opporre che il mandatario di cui trattasi è un semplice procuratore *ad negotia* , rigorosamente obbligato di restringersi fra i limiti del suo mandato; che a suo riguardo , se si oppone al mandante un atto fatto in suo nome dal mandatario, contro i termini o al di là del mandato, è sufficiente che il primo opponga a colui il quale voglia eseguire un simile atto la mancanza o l' insufficienza della procura , spettando a quello che vuol servirsi dell'atto, di chiamare in garentia il preteso mandatario , qualora costui l' abbia ingannato sulla estensione o esistenza delle sue facoltà.

In tal caso precisamente si dà luogo ad una causa da trattarsi nelle vie ordinarie. — (*Ved. Duparc*, *tom.* 8, *pag.* 132 *e l'art.* 1998 † 1870 *del Cod. civ.*)

Siffatti principi sono veri ; ma per allontanarne l' applicazione al mandatario che litiga davanti un tribunale di commercio, non basta dire che questo mandatario, incaricato di agire in giudizio, non è affatto a tal riguardo un semplice procuratore *ad negotia* , ma un vero procuratore *ad lites ?*

Se nei tribunali di commercio non vi ha un patrocinatore titolare , se non vi si riconoscono più quelli anticamente chiamati *eletti o pratichisti*, i quali , mercè l' approvazione dei giudici, aveano una specie di carattere legale, non è men vero forse che il ministero che esercitano i mandatarî , incaricati presso siffatti tribunali della difesa delle parti,è effettivamente della stessa natura di quello di un patrocinatore? Ad essi viene affidata la cura e la condotta di una causa, di una procedura , di una difesa giudiziaria; la parte è dunque ligata dal procedere di un mandatario innanzi ai tribunali di commercio, come da quello di un patrocinatore davanti i tribunali ordinari ; la procedura adunque ha tutto il suo vigore fino alla disapprovazione ; è dunque regolare e si ritiene fatta col consenso della parte. È questo il caso della massima *factum procuratoris factum partis*. (*)

tiene sentire i fatti indiscretamente asseriti da quest' ultimo , poichè egli è il *dominus litis* , ed il solo rappresentante legale della parte. Del resto questa opinione fu formalmente consacrata dalla decisione della corte di Colmar del 24 dicembre 1820 (*Sirey* , *tom.* 21 , *pag.* 256).

(*) La diversità di giurisprudenza riferita dal nostro A. sulla esposta quistione dà luogo a molto dubitare sulla soluzione di essa. Noi però , lungi di dividere il sentimento di Carrè , e della Corte di Rouen , ci sentiamo inclinati ad abbracciare piuttosto la opinione manifestata dalle Corti di Metz , e di Brusselles , le cui decisioni non sono riportate dal nostro A. e che furono emanate, la prima a' 23 agosto 1822 , la seconda a' 7. dicembre 1812 , in un senso tutto opposto , sulla considerazione che dall' insieme degli articoli che compongono questo titolo del codice , e dal posto ch' esso occupa, risulta chiaramente che le regole prescritte in materia di disapprovazione riguardano soltanto i patrocinatori ed altri uffiziali ministeriali , e che le azioni le quali possono aver luogo per l' abuso di facoltà de' mandatarii adibiti innanzi al tribunal di commercio debbono essere regolate dai principi generali relativi al mandato. Ed in vero dall' art. 359 † 451 , il quale vuole che ogni istanza di disapprovazione debba comunicarsi al ministero pubblico , combinato con l' art. 356 † 448 il quale vuole che simigliante istanza debba portarsi innanzi al tribunale ove si è fatta la procedura disapprovata , sembra viemaggiormente risultare che non avendo il ministero pubblico alcuna funzione ad adempire innanzi ai tribunali di commercio , questi tribunali non possono conoscere di tali dimande , che per la disposizione di questi articoli dovrebbono portarsi innanzi ad essi ; e per conseguenza i mandatari adoperati in tali tribunali non vanno soggetti alla disapprovazione secondo le forme indicate in quell'articolo del codice di procedura.

Del resto, l'avviso da noi emesso trovasi giustificato da una decesione della Corte di appello di Pau, del 12 aprile 1806, la quale giudicò che prima del ristabilimento dei patrocinatori, l'azione per la disapprovazione era ben diretta contro il procuratore rappresentante una parte davanti i tribunali.

E Coffinières, enunciando siffatta decisione nella giurisprudenza delle Corti sovrane sulla procedura, t. 3, p. 238, ragionevolmente dice che essa serve a decidere la quistione per rispetto ai mandatari ammessi a litigare davanti ai tribunali di commercio (1).

1297. *Quali sono i casi nei quali fu deciso non darsi luogo a disapprovazione contro di un' usciere o di un patrocinatore?*

Noi riporteremo, intorno a siffatta quistione, talune decisioni delle corti sovrane, pronunziate in diverse circostanze, per le quali sostenevasi competere l'azione per la disapprovazione; e come le quistioni da esse risolute non sembranci affatto poter somministrare materia di controversia, le riduciamo alle sequenti proposizioni:

1. Un patrocinatore non può essese soggetto a disapprovazione per aver dato delle conclusioni derivanti naturalmente dal suo mandato, essendo sufficientemente autorizzato dalla consegna dell' originale o della copia dei documenti; e l'avversario è in certo modo obbligato a seguire la sua fede. — (*Ved. decisione della corte di Brusselles, del* 4 *termidoro, anno* 13, *Giurisprudenza delle Corti sovrane, tom.* 3, *pag.* 230 *e la quist.* 382, *tom* 1, *pag.* 117.)

2. Ogni usciere latore dei documenti ricevuti, sia dal patrocinatore sia dalla parte, è autorizzato (salvo il caso preveduto dall' art. 356) a stipulare senz' altro mandato, e non può per conseguenza essere disapprovato Avviene lo stesso, ed a maggior ragione, dell'usciere il quale fa un' atto del suo ministero, in forza di un'ordinanza del giudice. — (*Ved. la decisione della Corte di Parigi del* 4 *aprile* 1808, *Giurisp. delle Corti sovrane, tom.* 3, *pag.* 247, *e tom.* 4, *pag.* 161.)

3. Un patrocinatore non può essere disapprovato dal suo cliente, sotto pretesto che, per la decisione della causa, si fosse rimesso alla prudenza dei giudici. — (*Ved. la decisione della stessa Corte, del* 13 *marzo* 1810, *Sirey tom.* 14, *pag.* 263)

4. Parimenti non può esserlo se avesse agito in grado di opposizione avverso di una sentenza allorchè era incaricato della difesa, anche quando avesse dichiarato, al tempo dell' opposizione, di non avere nè mandato nè commissione.

In fatti l' art. 1038†1115 l' obbliga a continuare la sua difesa per l' esecuzione della sentenza; donde ne siegue che non è soggetto a disapprovazione, se non quando, per rispetto a siffatta esecuzione, furono le sue facoltà espressamente rivocate. — (*Ved. la decisione della stessa Corte, del* 13 *marzo* 1810, *Sirey, tom.* 14, *pag.* 263.)

5. Finalmente un patrocinatore è illegalmente disapprovato, qualora non abbia fatto altro se non riconoscere i fatti provati in forza di documenti, o ritenuti da un mandatario speciale. — (*Vedi la decis. di Colmar, già enunciata, pag* 26, *alla nota* 3)

La rinunzia ad un capo delle conclusioni, senza facoltà speciale, può farsi dall'avvocato o dal patrocinatore arigando; e non vi ha luogo a disapprovazione se la parte presente alla udienza non siasi opposta. — (*Brusselles*, 29 *giugno.* 1808, *Sirey tom.* 16, *pag.* 9.)

1298. *Quali sono i casi particolari nei qua-*

(1) Contro questa proposizione può citarsi una decisione della corte di Brusselles del 12 dicembre 1812, riportata dagli autori della Giurisprudenza del codice civile, tit. 20, pag. 168. Questa decisione positivamente dichiara che qualunque azione risultante dall' aver il mandatario, adoperato dalle parti liberamente innanzi ai tribunali di commercio, ecceduto le sue facoltà, debb' essere regolata secondo i principi generali del mandato. Laonde la quistione, il cui esame nella nostra *analisi* diede luogo alla cennata proposizione, forma e formerà sempre un soggetto di controversia fino a che la corte di cassazione non l'abbia espressamente decisa. Bisogna convenire che la discussione del consiglio di stato somministra grave argomento in favore della decisione di Brusselles, poichè fuvvi formalmente manifestato « che se la » parola *disapprovazione*, presa *generalmente*, può » applicarsi ad ogni specie di mandatario che ha » ecceduto le sue facoltà, nondimeno tale non è » il significato nel quale questo termine è impie- » gato nel tit. 18 del codice di procedura, in cui » non ha relazione che agli *ufficiali ministeriali*, » i quali hanno *pregiudicato la loro parte, ecce-* » *dendo le ricevute facoltà* » (*Vedi Locrè, tom.* 2, *pag.* 16). Ma, comunque siasi, noi persistiamo nella nostra precedente soluzione, sembrandoci la opinione contraria soggetta ad una quantità di inconvenienti.

li è stato deciso darsi luogo a disapprovazione contro di un patrocinatore?

Fra le decisioni pronunziate in materia di disapprovazione, noi ne troviamo due da cui derivano le seguenti proposizioni.

1. Un patrocinatore che abbia agito in prima istanza non può, senza un mandato speciale, eseguire una sentenza emessa in primo grado di giurisdizione contenente disposizioni definitive, perciocchè siffatta sentenza da luogo ad appello, e non dipende affatto dal patrocinatore di privare il suo cliente di un tal dritto; donde siegue che il patrocinatore può essere disapprovato per aver prestato il suo consenso, il quale rientra evidentemente nella classe degli atti enunciati nell'art. 352. — (*Ved. la decisione della Corte di Pau, del* 3 *gennaro* 1810, *Bibliot. del foro, parte* 2. 1810, *pag.* 462.)

2. Vi è luogo a disapprovazione per un patrocinatore, allorchè dichiara di non aver ricevuto affatto l'incarico della difesa, e che realmente non ha difesa la parte che dimanda la disapprovazione, nel mentre trovasi indicato nel foglio d'udienza di aver dato le conclusioni, ed il cancelliere abbia scritto sulla dimanda per l'udienza che il dispositivo erasi combinato di accordo con lui. — (*Ved. la decis. della Corte di Parigi, del* 29 *marzo* 1806, *Gior. dei Trib.* 1. *sem.* 1806, *pag.* 380; *e la Giurispr. delle Corti sov. tom.* 3, *pag.* 235.)

1299. *E' necessario, nel caso in cui la legge richiede che i patrocinatori o gli uscieri si muniscono di un mandato particolare, che desso sia notificato alla parte contro la quale agiscono cotesti uffiziali ministeriali?*

Non si potrebbe invocare alcuna disposizione del Codice la quale esiga che la procura rilasciata all'usciere o al patrocinatore fosse notificata alla parte contro della quale essi trovansi ad agire. Epperò non potrebbesi dedurre la nullità di un'arresto personale o di una espropriazione, dal motivo che l'usciere non abbia notificato il mandato particolare che deve ottenere dal richiedente; come non potrebbesi sostenere esser nulle le offerte, per non avere il patrocinatore notificato la procura che l'autorizzava a farle.

Dal che ne siegue che la mancanza di mandato espone soltanto l'usciere o il patrocinatore alla disapprovazione; e tutto ciò ch'essi fanno presumesi fatto dal loro cliente, fino a che non lo disapprovi, tranne però tutti quei casi particolari nei quali il Codice esige che l'uffiziale ministeriale sia munito di un mandato particolare a norma dell'art. 352.

Nulladimeno, secondo una decisione della Corte di cassazione, del 6 gennaro 1812, riportata nelle nostre quistioni sotto l'art. 556† 646 vi è la consuetudine di notificare il mandato rilasciato ad un'usciere incaricato di procedere ad un pignoramento d'immobili o ad un'arresto personale.

1300. *Ma nei casi in cui la legge non prescrive che l'uffiziale ministeriale rilasci copia del mandato speciale del quale debb' essere munito, la parte avversa ha almeno il dritto di dimandarne l'esibizione, onde assicurarsi della legalità del procedimento?*

È questa la nostra opinione, stabilita sulla ragione che la legge non nega ad una parte il dritto di richiedere da un'uffiziale ministeriale la esibizione del mandato particolare senza del quale non potrebbe agire.

Quale sarebbe di fatto il motivo di negare alla parte il dritto di esigere siffatta esibizione, onde prevenire un'azione di disapprovazione da parte del suo avversario? . . . .

1301. *Compete forse l'azione per la disapprovazione per altre cause diverse dalle offerte, confessioni o consensi?*

Noi anticipammo, per così dire, la soluzione negativa di siffatta quistione, trattando quella sotto il n. 382.

Ma dobbiam dire che molti autori sono di un sentimento opposto, tali sono Demiau Crouzilhac, pag. 263, e Berriat-Saint-Prix, pag. 350, nota 6. (1).

Nè dissimuleremo che siffatta opinione ha i suoi fautori, potendosi benanche da talune de-

(1) Le ragioni addotte dal primo sono le stesse di quelle riferite sulla quistione 382; il secondo si esprime in termini generali. « Un offi» ciale ministeriale, egli dice, può esser disap» provato ogni qual volta oltrepassa i limiti delle » sue funzioni senza un mandato speciale, *soprat» tutto* allorchè fa, dà o riceve, senza questa spe» cie di mandatò, offerte, confessioni o consensi. » Noi diciamo *soprattutto*, aggiunge l'autore alla » nota 6, perchè le offerte, le confessioni ed i » consensi indicati dalla legge nell'art. 352 non » sono tutti gli atti in cui l'officiale ministeriale » può eccedere i limiti delle sue funzioni, essendo» vene anche degli altri in cui essa esige positi» vamente un mandato speciale. »

cisioni riportate nelle precedenti quistioni, desumere qualche deduzioni in suo sostegno; ma comunque siasi, crediamo che l' applicazione dell'art. 352 debb'essere ristretta ai casi in esso indicati, diversamente sarebbe stato compilato in altra maniera; cioè il legislatore avrebbe espresso, in un modo generale, competere l'azione per la disapprovazione in tutt'i casi in cui la legge esigendo un mandato particolare, l' uffiziale ministeriale agisse senza siffatto mandato.

Laonde ogni atto del patrocinatore il quale non ha per oggetto una confessione, un consenso o una offerta, sembra non poter dare adito all'azione per disapprovazione, ancorchè la leggè abbia richiesto per questo atto un mandato particolare.

Ma si domanderà in qual modo la parte potrà ottenere la riparazione del danno sofferto dagli atti, per la formazione dei quali non ha dato alcuna autorizzazione al suo patrocinatore?

Noi rispondiamo che essa avrà contro del patrocinatore l' azione *ex mandato* per essere indennizzata; azione la quale, a differenza di quella della disapprovazione, non potrà pregiudicare la parte avversa; perciocchè nel primo caso, trattandosi soltanto di offerte, di consensi, di confessioni, la parte avversa non è obbligata di chiedere dal patrocinatore l' esibizione del mandato, potendo giustamente presumere che ne sia fornito, nel mentre che, nel secondo caso, essa è avvertita che potrebbesi dar luogo all' azione di disapprovazione, e per conseguenza deve imputare a se la mancanza di non averla prevenuta, richiedendo l' esibizione del mandato (*) (1).

(*) Sebbene la soluzione data dall' A. alla presente quistione parci anzi che no rigorosa, perciocchè vi sono moltissimi casi, sia nel codice civile che in quello di procedura ne' quali la legge esige un mandato speciale, e per cui sembrerebbe doversi ammettere la disapprovazione, giusta la opinione di Demiau-Crouzilhac, e di Berriat Saint-Prix, pure abbracciamo la di lui opinione, dappoichè bisognava compilare diversamente l'articolo qualora si fosse voluta la disapprovazione per tutt'i casi di mancanza o abuso di mandato.

(1) Del resto, tale quistione non è così importante nella pratica, come potrebbesi a prima giunta supporlo. Di fatti, non può esservi alcun caso, fuori di quelli indicati nell' art. 352, in cui le disposizioni della legge ch' esigano un mandato speciale, rendano utile l' azione per disapprovazione.

1302. *Se di molte parti ad istanza delle quali si è prodotto un' appello, una di esse pre-*

In effetti bisogna distinguere fra questi casi, 1. quelli in cui si tratta di atti di procedura pe' quali la legge esige che sia dato al patrocinatore un mandato speciale colla firma apposta a tali atti, sia dalla parte, sia dal suo patrocinatore; 2. quelli ne' quali il patrocinatore ha bisogno di un mandato scritto in atto separato.

I primi casi sono i più numerosi; cioè rispetto ai patrocinatori, quelli degli art. 216 † 311, 184 † 313, 309 † 402 e 403, 353 † 445, 370 † 462, 384 † 477, e 511 † 575 del codice di procedura e rispetto agli uscieri quelli degli art. 66 † 69 e 2185 † 2084 del codice civile. Ma la parte in nome di cui son fatti gli atti de' quali trattasi in questi articoli, può, come osserva Pigeau, tom. 1, pag. 412, opporre la nullità, *senza essere obbligata a disapprovare*, giacchè la mancanza della firma voluta dalla legge li rende radicalmente nulli.

Gli altri casi sono quelli degli art. 556 † 646 e 709 † 793. Il primo risguarda i soli uscieri i quali, senza mandato speciale, non possono eseguire una sentenza per via di pegnoramento d' immobili o di arresto personale.

È chiaro che qui l' usciere non è soggetto alla disapprovazione; perchè quest' azione è accordata nel solo interesse della parte in nome della quale questo ufficiale ministeriale abbia agito: ora spetta a colui contro al quale egli esegue questa sentenza, il dimandargli l' esibizione del mandato speciale per trattenere, in caso che non esiste, il sequestro o l' arresto personale che sarà dichiarato nullo in mancanza di questo mandato. Tale nullità potrà senza dubbio dar luogo per parte di questo individuo ad una dimanda di danni ed interessi contro alla parte nel cui nome l' usciere ha eseguita la sentenza. Ma per risponderv avrebbe ella bisogno di disapprovare l' usciere? Noi nol crediamo; essa non dovrebbe far altro che chiamarlo in garentia, conformemente all' art. 1031 † 1107. (*Vedi le nostre e quistioni sull' art* 556.)

Resta l' art. 709 † 793 il quale esige che il patrocinatore ultimo offerente per un immobile venduto per espropriazione forzata, dichiari l' aggiudicatario, e presenti la di lui accettazione, altrimenti esibisca il di lui mandato che resta annesso all' originale della sua dichiarazione, in mancanza di che sarà riputato come aggiudicatario in suo proprio nome. E neanche in questo caso vi è necessità di disapprovare il patrocinatore, poichè il suo cliente non ha nulla a temere dalle conseguenze del suo incanto, volendo la legge ch' ei presenti il suo mandato.

Questo ravvicinamento delle disposizioni delle leggi relative al mandato speciale degli officiali ministeriali sembraci chiaramente provare che il legislatore ha inteso limitare l' applicazione dell'art.

tenda che siffatto appello fu prodotto realmente soltanto dai suoi consorti di lite, senza il suo consenso e la sua partecipazione, potrebb' essa forse validamente intentare l'azione per disapprovazione contro del patrocinatore costituito in detto atto d'appello?

E' principio costante (*vedi sopra n.* 382) che il patrocinatore il quale trovasi in possesso delle produzioni è sufficientemente autorizzato per tutti gli atti, tranne quelli pei quali la legge richiede un mandato particolare. Da ciò rilevasi esser obbligo della parte che disapprova di mostrare in un modo positivo, che l'atto il quale costituisce il detto patrocinatore fu fatto senza ch' essa ne fosse consapevole, o contro il suo consenso; ma la presunzione militar deve contro la parte che disapprova. D'altronde sarebbe soverchiamente pericoloso l'ammettere una simile azione sopra semplici congetture.

È chiaro che producendosi l'appello da molte parti, le quali hanno un' interesse comune, non tutte scrivono al patrocinatore, perciocchè essendo un solo l'atto originale di citazione, una sola parte può farne la consegna. D'altronde se fosse permesso, in qualunque epoca del procedimento, di scrivere che non intendesi prendere alcuna parte nella causa, e di non essersi dato neanche alcun mandato, il corso del giudizio sarebbe spesse volte arrestato sotto un vano pretesto, compromettendosi la riputazione di un patrocinatore.

Non spetta adunque all'uffiziale ministeriale di giustificare il mandato scritto della parte che lo disapprova; ma invece è obbligo di costei di provare essersi prodotto l'appello a sua insaputa dal di lei consorte di lite (1).

352 § 444 a' soli casi in esso espressi, ed, in tutti gli altri, bisogna presumere che un ufficiale ministeriale relativamente alla parte avversa a quella per la quale egli agisce abbia mandato per parte di quest' ultima, salvo contro di esso l'azione risultante dall' art. 1031 † 1107, o l'azione *ex mandato*, onde uscire indenne. (*Vedi Pigeau*, tom. 1, *pag.* 126.)

(1) All' indarno opporrebbesi un arresto del 9 febbraio 1743 riportato nel Nuovo Denisart, pag. 296, poichè nella specie da esso esaminata, cioè, che avendo un fratello senza l'autorizzazione de' suoi fratelli e delle sue sorelle interposto appello, *tanto per lui che per loro*, la disapprovazione del procuratore fu dichiarata *valida*, ma nello stesso tempo la parte che l'avea costituito, fu condannata ad indennizzarlo.

1303. *Ma non deve forse la parte intentare la sua azione per disapprovazione piuttosto contro dell' usciere redattore dell' appellazione, che contro del patrocinatore, allorchè pretende essersi prodotto l'appello nella sua ignoranza?*

Pothier esamina siffatta quistione nel suo Trattato del mandato, cap. 5, art. 1, § 3, n. 128. « Allorchè un procuratore, egli dice, il » quale si è costituito per una parte che ha pro- » mossa l'azione, trovasi possessore dell' at- » to di dimanda, *rimessogli dall' usciere che* » *l' ha redatto*, presumesi che il procuratore » abbia stabilito il suo diritto mediante questo » atto di cui è possessore, purchè la parte » non abbia similmente disapprovato l'usciere e fatto dichiarare buona e valida la sua » disapprovazione contro di lui ».

Si è visto *sopra*, pag. 27, not. 1, non esservi dubbio che l'azione per la disapprovazione compete validamente contro di un usciere. Ciò posto, essendo parimenti incontrastabile che la consegna dell' originale tien luogo di mandato pel patrocinatore, bisogna convenire che la disapprovazione di quest'ultimo dalla parte la quale pretende che l'atto di appello sia stato notificato senza esserne lei consapevole, non può validamente avere il suo corso se non quando è stata preventivamente dedotta e decisa contro dell' usciere autore dell' atto, importando poco che il patrocinatore abbia ricevuto l'originale dal detto usciere, come ha supposto Pothier, o da chiunque altro, perciocchè la circostanza di essersi prodotto appello senza esserne consapevole la parte alla quale si è attribuita una qualità nell' atto, non può essere imputata se non all'usciere che l'ha notificato. Ma vi ha di più, secondo Rodier, la cui opinione a tal riguardo è per la verità contraria a molti autori da lui citati: in tal caso egli dice, bisognerebbe iscriversi in falso contro l'atto; ma noi pensiamo che la disapprovazione sia sufficiente. (*Ved. Rodier*, *nell' art.* 16 *del tit.*

I motivi di questa decisione possono facilmente comprendersi. La disapprovazione fu dichiarata valida, perchè il fratello avea interposto appello tanto in suo nome quanto in quello de' suoi coeredi; e poichè egli ne conveniva, pretendendo soltanto esservi stato da essi autorizzato; perciò la pena della disapprovazione non cadde che su di lui. Circostanze particolari adunque determinarono la decisione; circostanze che non s' incontrano nella specie della quistione testè da noi esaminata.

2, *dell'ordin.*). In tal modo appunto la Corte di Rennes giudicò, con decisione del 24 dicembre 1810.

1304. *Devesi necessariamente intentare l'azione di disapprovazione per contraddire le dichiarazioni fatte da un patrocinatore nelle narrative di una sentenza?*

Noi abbiam detto *supra*, n. 601, che la mancanza di opposizione alle narrative rendeva una parte inammissibile a confutare quanto in esse trovavasi enunciato; donde siegue necessariamente che ogni dichiarazione del patrocinatore contenuta nelle narrative, e che può recar danno alla parte, ha il suo effetto, ma soltanto però fino all'azione per disapprovazione, intentata in conformità dell'art. 352.

1305. *La parte in nome della quale fu fatto un' atto senza mandato, ha essa sola il dritto di disapprovarlo, nel caso in cui l'azione per disapprovazione fosse intentata uniformemente alla soluzione data sulla quist. 1301?*

Che sì, senza dubbio. La parte avversa non può disapprovare l'atto, perciocchè bisogna aver fede all' uffiziale ministeriale che l'ha disteso; e fino a che la stessa parte in nome della quale l'atto fu compilato non lo contraddica, presumesi aver egli agito in forza di mandato.

Ma deve osservarsi, rispetto agli atti i quali possono dichiararsi nulli per mancanza di sottoscrizione che la legge richiede, sia dal mandatario, sia dalla stessa parte, che la nullità di questi atti può esser opposta dalla parte avversa. — (*Ved. Pigeau*, *tom.* 1, *pag.* 412.)

ART. 353 † 445. *La disapprovazione deve farsi alla cancelleria del tribunale che deve conoscerne, con atto sottoscritto dalla parte o da un suo procuratore speciale munito di mandato in forma autentica. L'atto deve contenere le ragioni della disapprovazione, le conclusioni, ed inoltre costituzione di patrocinatore* (1).

T. I.

CCXCV. Rilevasi da quest' articolo, che l' azione per disapprovazione non comincia nè collo sperimento di conciliazione, nè con un' atto ordinario di citazione; colui il quale vuole intentarla si presenta personalmente o per mezzo di un procuratore, nella cancellaria del tribunale. Il cancelliere distende l'atto prescritto dall' art. 353, e per farne dichiarare la validità, colui che dimanda la disapprovazione uniformasi alle disposizioni dell'art. 351.

1306. *Se la parte o il suo procuratore non potesse firmare, il cancelliere supplirà forse a siffatta mancanza, menzionandone la causa?*

Lepage, nelle sue Quistioni, pag. 233 e 234, risolve affermativamente questa quistione. « Il cancelliere, egli dice, enuncia la causa dell' impossibilità di firmare; spetterà all' uffiziale disapprovato a dimostrare che l' impotenza è una finzione, o che la persona che si è presentata in cancelleria non è quella in nome della quale formasi la disapprovazione ».

Noi non dividiamo tale opinione, colla quale si sostiene essere sufficiente la dichiarazione del cancelliere circa l' impossibilità in cui trovasi la parte che chiede la disapprovazione, o il suo procuratore, a poter sottoscrivere. L'art. 351 è preciso; è necessario che la disapprovazione sia fatta con atto firmato dalla parte o dal suo procuratore munito di procura particolare ed autentica: epperò sembra indispensabile che la parte firmi, o se non sa firmare, o non può portarsi in cancelleria, che dia un mandato speciale ed autentico a qualcuno che sappia firmare, di portarsi in cancelleria e firmare per lei. Del rimanente ciò è quanto abbiamo già detto in moltissime quistioni.

Nulladimeno alcuni giureconsulti credono sufficiente ad adempiere il voto della legge, se il procuratore non sapendo firmare, il cancelliere ne faccia menzione; allora, dicono essi, la procura annessa all' atto di disapprovazione non lascerebbe alcuna incertezza sulla volontà e l'identità della parte che chiede la disapprovazione, ed il suo mandatario non adempirebbe ad altro se non ad una semplice formalità.

Siffatta opinione potrebb' essere anche adottata ma la nostra sembraci preferibile; poichè allontana ogni difficoltà. Del resto ammettendosi quella dei giureconsulti, bisogna convenire almeno essere indispensabile che la parte la quale disapprova firmi in presenza del cancelliere, o rilasci la procura dalla legge richiesta; una procedura di disapprovazione è troppo importante a causa dei suoi risultamenti,

(1) GIURISPRUDENZA.

Non basta aver un mandato generale per essere autorizzato a formare una disapprovazione contro di un patrocinatore: l' atto di disapprovazione dee necessariamente esser firmato, o dalla parte stessa, o da un procuratore speciale. — (*Cass.* 1 *feb.* 1820; *Sirey*, *tom.* 20, *pag.* 346.)

per allontanarsi da una garentia prescritta dal legislatore. — (*Vedigli art.* 355, 356 e 358 + 447, 448 e 450.)

Art. 354 + 446. *Se la disapprovazione è fatta nel corso di una lite ancora pendente, deve esser notificata senz' altra dimanda con atto di patrocinatore, tanto al patrocinatore contro cui è diretta, quanto agli altri patrocinatori in causa, e la detta notificazione equivale ad una citazione ad opporsi alla disapprovazione* (1).

T. 29, 70, 75, 76.

CCXCVI. Per sapere qual tribunale deve conoscere dell'azione per la validità della disapprovazione, fa duopo, ai termini degli art. 354, 356 e 358, distinguere se l'atto disapprovato è *stragiudiziale* o *giudiziale*.

Se è *stragiudiziale*, per esempio, se trattasi di atti di esecuzione che un' usciere senza facoltà si è permesso di fare (*ved. le nostre quist. sull' art.* 358), bisogna ancora esaminare se questi atti di esecuzione abbiano oppur no dato luogo ad una lite. In questo caso fa d'uopo introdurre l'azione incidentemente davanti al tribunale che deve conoscere della lite. Ma se non si è impegnato alcun giudizio, trattasi allora d' intentare un' azione principale, la quale non può essere diretta se non al tribunale del domicilio del convenuto, val dire dell'uffiziale disapprovato (Art. 358 + 450) (2).

Se l' atto o gli atti disapprovati sono *giudiziari*, val dire se trattasi di una procedura istruita in giudizio, il tribunale innanzi al quale ha avuto luogo siffatta procedura, è in ogni caso il solo competente per conoscere della disapprovazione, sia che il giudizio penda tuttavia innanzi a lui, sia che fosse stato rimesso davanti ad un'altro, o anche quando si trovasse terminato. — (*Ved. l' art.* 356 + 448.)

È noto che la dimanda per disapprovazione di un' atto giudiziario, come quella di un' atto stragiudiziario, è intentata ora con azione principale, ed ora con azione incidente.

Allorchè è intentata con azione principale, per rispetto ad un' atto sul quale non havvi giudizio, l' attore, il quale ha preso dalla cancelleria una spedizione della disapprovazione, ne fa notificare copia, tanto all'uffiziale disapprovato, quanto alle parti interessate, con intimazione a comparire fra i termini ordinari della citazione. (*Ved. Berriat-Saint Prix, pag.* 352, *not.* 15.)

È inutile che siffatta intimazione contenga i motivi e le conclusioni, avvegnachè trovansi nella copia della disapprovazione. (*Ved. l'art.* 353 + 445)

Se poi è incidentemente prodotta nel corso di un giudizio ancora pendente, è sufficiente la semplice copia di disapprovazione, notificata con atto d' usciere, tanto a colui contro del quale è diretta la disapprovazione, che ai patrocinatori interessati nella causa; siffatta notificazione equivale ad un' intimazione di rispondere alla disapprovazione.

1307. *Evvi forse un termine, decorso il quale, non possa più formarsi l' azione per disapprovazione?*

Siffatt'azione può esser intentata anche molto tempo dopo che la parte, in nome della quale l'atto da disapprovarsi si fosse fatto senza mandato, non l'avesse approvato, sia espressamente, sia tacitamente.

La medesima opinione venne adottata sotto l' impero dell'ordinanza, con un' arresto della Corte di cassazione del 18 agosto 1807. — (*V. Sirey, tom.* 7, *pag.* 481.)

1308 *L' opposizione alla disapprovazione può esser fatta per mezzo d' istanza?*

Che sì, uniformemente all'art. 75 della tariffa (3).

Art. 355 + 447. *Se il patrocinatore non esercita più le sue funzioni, la disapprovazione dee notificarsi con atto di usciere al suo domicilio; s' è defunto la sarà ai suoi eredi con citazione avanti al tribunale ove pende la causa, e sarà inoltre notificata alla parte in causa con atto di patrocinatore a patrocinatore.*

T. 29, 70.

CCXCVII. Se colui contro del quale è incidentemente diretta la disapprovazione, è un

(1) GIURISPRUDENZA.

La dimanda di disapprovazione fatta in prima istanza incidentemente in una lite di 1000 lire o meno, non impedisce che vi sia luogo ad ultima istanza, ancorchè l' oggetto della disapprovazione sia indeterminato. — (*Cass.* 5 *termidoro anno* 13; *Sirey tom.* 1, *pag.* 897.)

(2) Sulla quistione se l' azione per disapprovazione cessi di essere ricettibile allo spirar di un dato termine, vedi qui appresso la quistione 1307.

(3) V. alla colonna seguente la nota del commentario.

patrocinatore fuori esercizio della sua professione, oppure un' usciere, la disapprovazione non potendo essere notificata con un semplice atto di patrocinatore a patrocinatore, perciocchè l' uffiziale non ha alcun carattere in giudizio, deve farsi con un' atto di parte intimato personalmente o al suo domicilio; che se il detto uffiziale è morto, siffatta notificazione sarà fatta ai suoi eredi, accompagnata dalla citazione a comparire innanzi al tribunale ove è pendente la lite. Per rispetto alle altre parti intervenute nel giudizio, la semplice notificazione di patrocinatore sarà fatta, come per l'ordinario, con atto di patrocinatore a patrocinatore. (1)

1309. *L'azione per disapprovazione può essere intentata, tanto in caso di morte naturale, che in caso di morte civile?*

Che sì: il legislatore, coll'art. 355, dicendo potersi intentare la disapprovazione contro di un patrocinatore *morto*, servesi di questa espressione per far comprendere che puossi esercitare siffatta azione in entrambi i casi sopra enunciati.

ART. 356 † 448. *La disapprovazione è sempre portata innanzi al tribunale ov' è seguita la procedura disapprovata, quantunque all'atto della disapprovazione la causa sia pendente in un altro tribunale; la disapprovazione deve denunziarsi alle parti della causa principale, le quali sono chiamate innanzi al tribunale ove fu portata l' istanza di disapprovazione* (2).

C. di P. art. 49, 358.

1310. *Innanzi a qual magistrato sarà intentata l' azione per disapprovazione di un atto fatto in prim' istanza, allorchè la causa trovasi in grado di appello?*

Risulta evidentemente dall'art. 356 che se la disapprovazione ha luogo in grado di appello, per gli atti di procedura fatta nel tribunale di prima istanza, l'azione sarà intentata innanzi a quest' ultimo tribunale, salvo la notificazione dell'atto di disapprovazione alle parti della causa principale personalmente o al domicilio reale. — (*Ved. le Quistioni di Lepage pag.* 232 *e* 233; *Demiau Crouzilhac, pag.* 267; *Pigeau tom.* 1, *pag.* 416, *ed una decisione della Corte di Brusselles, del* 24 *marzo* 1810, *Giornale dei patrocinatori, tom* 2, *pag.* 110)

1311. *La disapprovazione dedotta contro un mandatario costituito davanti ad un tribunale di commercio, è diretta forse a questo tribunale?*

Risulta dallo spirito e dalle parole del titolo intero del Codice di procedura civile relativo alla disapprovazione, che l' istruzione in essa prescritta riflette i tribunali ordinari, nei quali agiscono gli uffiziali ministeriali sotto il nome *di patrocinatori*, e presso dei quali la legge ha nominato dei magistrati che esercitano il pubblico ministero.

Niuna disposizione per conseguenza è applicabile ai tribunali di commercio, i quali sono tribunali di eccezione, e la cui competenza è limitata ad una natura o specie particolare di cause (3).

ART. 357 † 449. *Fino alla sentenza sulla*

(1) Si osservi che l' ufficiale disapprovato, o s' egli è morto, il suo erede, dee proporre contro la disapprovazione le sue difese con un atto formale notificato entro quindici giorni.

Questo termine decorre dalla notificazione della disapprovazione, allorchè venne fatta con atto di patrocinatore a patrocinatore: e quando ha avuto luogo con atto di citazione alla persona o al domicilio, decorre dalla costituzione del patrocinatore fatta dall' officiale disapprovato ne' termini della citazione.

L' attore per la disapprovazione può, tra gli otto giorni, rispondere anche con altro atto formale alle difese fatte notificare dal disapprovato.

Le altre parti possono egualmente far notificare le loro difese, allorchè ne abbiano a proporre contro la disapprovazione; il che soventi volte accade.

(2) Il commentario su questo articolo trovasi contenuto in quello dell' art. 354.

(3) In vano vorrebbesi opporre la disposizione dell' art. 356, ov' è scritto che *la disapprovazione sarà sempre portata innanzi al tribunale ov' è seguita la procedura disapprovata.*

Perciocchè risponderebbesi che i giudici di commercio non sono autorizzati ad applicare questa disposizione, e che la loro *incompetenza per ragion di materia* è assoluta, perchè si tratta di un azione personale ed ordinaria che nasce dall' inadempimento di un contratto civile, azione sulla quale il pubblico ministero debb' essere inteso, conformemente all' articolo 359 † 451.

Il consenso delle parti non potrebbe sanare una tale incompetenza, perchè l' art. 424 † 630 *leg. comm.* prescrive al tribunale di commercio di rinviarle ad altro tribunale, ancorchè non sia stata dedotta la declinatoria; il che stabilisce una regola di dritto pubblico, in cui il consenso non può riparare l'infrazione, nè impedire l' applicazione innanzi a' tribunali superiori. Ciò è quanto fu deciso dalla corte di Rennes, il 19 luglio 1808.

disapprovazione sarà soprasseduto , sotto pena di nullità, a quella sulla causa principale; potrà però ingiungersi alla parte disapprovante di far giudicare entro un determinato tempo la disapprovazione, altrimenti si procederà come è di ragione (*).

CCXCVIII. La notificazione della disapprovazione fatta, sia incidentemente, sia durante il corso di un giudizio principale, pendente in un tribunale diverso da quello il quale deve giudicare sugli atti disapprovati, sospende ogni procedura, e la sentenza sulla causa principale non sarà renduta , se non dopo quella sulla disapprovazione, sotto pena di nullità.

Se le parti si avveggono che l' attore per la disapprovazione cerca con siffatta sospensione un mezzo onde arrestare il corso dell' azione principale , possono dimandare e far ordinare dai giudici, innanzi ai quali è diretta quest'azione, che se la parte disapprovante non faccia decidere la disapprovazione fra un dato termine, si giudicherà la causa in merito.

1312. *La disapprovazione sospende forse l'esecuzione delle interlocutorie precedentemente pronunziate, e della sentenza sul merito da pronunziarsi, qualora la stessa fosse indifferente a queste sentenze e non potesse avervi alcuna influenza ?*

La Corte di Amiens si appigliava all' affermativa nelle sue osservazioni sul progetto; ma il Codice non fece alcuna distinzione. Delaporte, tom. 1, pag. 331 , e gli autori del Comentario inserito negli Annali del notariato , tom. 2, pag. 428, sostengono nulladimeno che le disposizioni dell' art. 357 non sono applicabili se non al caso in cui l'effetto della disapprovazione potesse influire sulla decisione della causa principale; diversamente potrebbe il tribunale, senz' arrestarsi, ne' aver riguardo alla disapprovazione, e senza recarvi alcun pregiudizio, decidere sul merito.

In sostegno dell' opinione contraria diciamo che l'art. 337 prescrive che resti sospesa ogni procedura, e che non si potrebbe trarre un'argomento di analogia da ciò che può praticarsi in materia di querela di falso; attesochè il legislatore ha lasciato al giudice la facoltà di sospendere oppur no la pronunziazione della sentenza definitiva, secondo che la querela possa o pur no influire sulla sentenza; ma qui non vi è affatto eccezione, essendovi la pena della nullità violando l'articolo : d' altronde è difficile supporre che una parte s'induca a disapprovare degli atti che non hanno alcuna influenza sulla decisione in merito.

1313. *Ma il tribunale non potrebbe almeno giudicare colla stessa sentenza sulla disapprovazione e sul merito, se l' istruzione fosse completa per decidersi sull' una e sull' altro ?*

Noi non iscorgiamo alcun inconveniente nell'agire in tal modo, ed è questa benanche l'opinione di Pigeau, tom. 1, pag. 419; ma il partito più prudente sarebbe forse di pronunziare con due sentenze separate. Crediamo almeno esser nel voto della legge che il giudizio di disapprovazione sia esaurito separatamente e prima di ogni altra cosa.

1314. *Se in vece di darsi luogo ad una dimanda formale di disapprovazione, nei casi preveduti dall' art. 352, la parte chiamasse l' uffiziale ministeriale in garentia davanti il tribunale adito per la causa nella quale si oppone un' atto fatto senza mandato , tale dimanda produrrebbe forse lo stesso effetto dell' aziana di disapprovazione ?*

La conseguenza della disapprovazione essendo quella di far dichiarare nullo e come non avvenuto l' atto contro del quale si è chiesta la disapprovazione , può dirsi che la chiamata in garentia , oltre che presenta l' inconveniente maggiore di seguire una forma diversa da quella specialmente stabilita dalla legge, farebbe presupporre la validità dell' atto , almeno per rispetto al terzo; avvegnachè colui il quale risente danno da quest' atto conchiuderebbe essere messo fuori causa, circostanza la quale fa supporre che questo stesso atto conservi il suo effetto Egli è dunque necessaria la dimanda *formale* per la disapprovazione.

ART. 358 † 450. *Se la disapprovazione concerne un atto su cui non siavi lite , la dimanda è portata innanzi al tribunale del foro della persona contro cui è diretta la disapprovazione* (1).

C. d i P. art. 59.

1315. *In qual caso può applicarsi l'art.* 358? Questo articolo applicasi particolarmente ai

(*) Con decreto de' 2 settembre 1832 la disapprovazione non più sospende di dritto ogni procedura giudiziaria. E necessario che il tribunale ne ordini la sospensione dopo aver ammesso la dimanda di disapprovazione , dichiarandone pertinenti i motivi.

(1) Il commentario su questo articolo è compreso in quello dell'art. 354.

casi in cui un usciere avesse inconsideratamente fatto delle offerte o dato dei consensi pregiudizievoli alla parte dalla quale fosse stato incaricato di fare un atto stragiudiziale, per esempio, una opposizione di terzo, delle offerte reali ec. — (*Ved. Pigeau, tom.* 1, *pag.* 414 *e* 415).

ART. 359 † 451. *Ogni dimanda di disapprovazione debb' essere comunicata al pubblico ministero.*

C. di P. art. 83. — Ved. le nostre quist. sul § 8 dell' art. 480.

CCXCIX. Terminata la istruzione di cui abbiam parlato alla pag. 33 e seg comunicasi la causa al ministero pubblico, il quale dev' essere inteso in ogni dimanda di disapprovazione. Chiedesi quindi la udienza con un semplice atto; la causa viene aringata; il ministero pubblico dà le sue conclusioni, e la disapprovazione è ammessa o rigettata.

ART. 360. † 452 — *Se la disapprovazione è ammessa, la sentenza o le parti di essa relative ai capi che hanno dato luogo alla disapprovazione rimangono nulle e come non avvenute. Il patrocinatore disapprovato sarà condannato tanto in vantaggio del disapprovante, quanto delle altre parti alla rifazione di tutt' i danni ed interessi, ed è anche punito coll' interdizione dal suo officio, e sottoposto a processo straordinario, secondo la gravità del caso e la natura delle circostanze* (1).

C. C. art. 1146 e seg. — C. di P. art. 128, 132, 1029 e seg.

CCC. Allorchè è ammessa la disapprovazione, l' atto o gli atti disapprovati sono dichiarati nulli, come del pari tutto quello che siasi fatto in seguito.

Gli atti disapprovati vennero forse seguiti da una sentenza? siffatta sentenza o le disposizioni relative ai capi che diedero luogo alla disapprovazione rimangono similmente annullate e come non avvenute (2).

Del resto, il tribunale pronunzia le pene indicate nell' art. 360, e giudica subito e colla medesima sentenza, *se vi è luogo*, e se la causa è nello stato di essere decisa (3).

1316. *La nullità della sentenza che ha dato luogo alla disapprovazione è forse di diritto?*

L'affermativa risulta evidentemente dal testo della legge, perciocchè le espressioni *rimarranno nulle e come non avvenute*, esprimono chiaramente che la sentenza la quale accoglie puramente e semplicemente la disapprovazione, basta per annullare quella che vi ha dato luogo, sebbene non ispiegasi a suo riguardo. — (*Perrin, Trattato delle nullità*, *p.* 136).

1317. *Se nel corso di un giudizio di natura da essere deciso in un ultimo grado di giurisdizione, un' atto di questo medesimo giudizio fosse disapprovato, la disapprovazione, come accessoria, sarebbe egualmente sottoposta a sentenza inappellabile?*

Pigeau tratta siffatta quistione al tom 1, pag. 420, e dopo avere esposte delle ragioni per decidere l'affermativa, adotta la negativa, argomentando dall'art. 371 † 463. Noi pensiamo come quest'autore e come Coffinières (*ved. Giurispr. delle Corti sov. tom* 3, *pag.* 233), che l' azione per disapprovazione non è, nei veri termini, una dimanda incidente, almeno per rispetto all'uffiziale ministeriale contro del quale è diretta, e basta d' altronde che interessi il suo onore e l' esponga a gravi pene, perchè non possa essere decisa in ultimo grado di giurisdizione, come le ricuse dei giudici.

(1) GIURISPRUDENZA.

Non puossi obbligare al risarcimento de' danni ed interessi il disapprovato, se non dopo che la parte ha inutilmente tentato tutte le vie di diritto per far rivocare la sentenza di cui si querela. — (*Parigi* 12 *aprile* 1806; *Sirey*, *parte* 2, *tom.* 1, *pag.* 901.)

(2) Per lo che ora non più si è obbligato, come sotto l'impero dell' ordinanza del 1667, a prender sul bel principio la via dell' opposizione, dell' appello o del ricorso civile, contro la sentenza che si vuol fare annullare, per introdurre in seguito incidentemente la dimanda di disapprovazione: basta una sola azione per far annullare gli atti disapprovati, e la sentenza che n'è stata la conseguenza.

Pertanto può darsi che una sentenza si trovi impugnata per mezzo dell' appello, allorchè è dichiarata nulla in seguito della dimanda di disapprovazione. In questo caso l' attore per la disapprovazione, che non ha trascurato di far sospendere prima di tutto il giudizio di appello, non deve far altro che produrre alla corte la sentenza ottenuta dal tribunale competente e dimandare che, vista la nullità della sentenza avverso cui si è appellato, le parti sieno messe fuori causa.

(3) Vale a dire allorchè la disapprovazione venne incidentemente prodotta in un giudizio.

ART. 361 † 453. *Se la disapprovazione è rigettata, si fa menzione della sentenza che la rigetta in margine dell' atto della disapprovazione . e colui che l' ha proposta può essere condannato a vantaggio del disapprovato, e delle altre parti a quei danni ed a quelle riparazioni che saranno di ragione.*

T. 91. — C. C. art. 1146, e seg. — C. di P. art. 128.

CCCI. Allorchè la disapprovazione è rigettata, la sentenza ordina che sarà considerata nulla e come non avvenuta. L' attore in tal caso può essere condannato a favore dell' uffiziale ministeriale da lui ingiustamente oltraggiato, ed anche a favore delle parti, a tutti quei danni ed interessi che saranno di ragione.

Inoltre, e quand' anche i giudici abbiano omesso di dirlo, deve farsi menzione dal cancelliere della sentenza di rigetto sull' originale ed in margine dell' atto di ricusa.

ART. 362 † 454. *Se la disapprovazione si forma in occasione di una sentenza passata in giudicato, non sarà ammissibile dopo otto giorni, contando da quello in cui la sentenza si reputa eseguita, ai termini dell' art.* 159†253 (1).

C. di P. art. 356.

CCCII. Noi abbiam detto nel comentario di questo titolo, pag. 25, e nella quist. 1307, che una parte non può disapprovare l' atto da lei ratificato espressamente o tacitamente, sebbene quest'atto fosse l' opera di un' uffiziale senza mandato. Or la disposizione dell'art. 362, relativa al caso in cui la disapprovazione tende a far annullare una sentenza passata in forza di cosa giudicata, è una conseguenza di siffatto principio; ed infatti, appunto perchè la legge considera come un'approvazione tacita il silenzio prolungato della parte condannata, la dichiara inamissibile a proporre una disapprovazione, dopo l'ottavo giorno, che segue quello in cui, a norma dell'art. 159 † 253, la sentenza reputasi eseguita (2).

1318. *L'art. 362 è applicabile soltanto alle sentenze contumaciali?*

È evidente, dicono Delaporte, tom. 2, pag. 432, e gli autori del Comentario inserito negli Annali del notariato, tom. 2, pag. 432, che trattasi in quest' articolo delle sentenze contumaciali avverso alle quali può prodursi opposizione dal momento in cui comincia il primo atto di esecuzione, e per conseguenza dopo gli otto giorni della notificazione.

Questi autori sono i soli i quali abbiano abbracciata siffatta opinione. Per lo contrario a noi sembra, secondo le espressioni del tribuno Perrin, sull'art. 362, che trattasi in quest' articolo d'un termine al di là del quale non può più intentarsi l' azione di disapprovazione, o che questa riferiscasi ad una procedura in cui siasi pronunziata una sentenza contumaciale, o che riguardi una procedura per effetto della quale si fosse pronunziata una sentenza in contraddittorio. D' altronde come potrebbesi ammettere l' opinione contraria, mentre che nelle sentenze contumaciali di cui parlano gli enunciati autori, non può darsi luogo a disapprovazione per rispetto alla parte convenuta, perchè essa non ha patrocinatore costituito? Il rinvio all'art. 159 non ha dunque altro oggetto se non quello d'indicare i modi di esecuzione i quali, allorchè vengono adoperati, rendono inamissibile l'azione per disapprovazione.

1319. *Nel caso preveduto dall' art. 362, è forse necessario notificare la disapprovazione alla parte a favore della quale fosse stata la sentenza pronunziata?*

Pigeau, tom. 1, pag 415, considera qui la disapprovazione come principale, perciocchè riflette un'atto sul quale non esiste più alcun giudizio; ma non conchiude però che non debba esser notificata alla parte in vantaggio della quale la sentenza fosse stata pronunziata, e non siavi luogo a mettere l'uffiziale ministeriale in causa.

Il contrario risulta formalmente dalla spiegazione data all' art. 362, dal tribuno Perrin nel suo rapporto al corpo legislativo. — (*Ved. ediz. di Didot. pag*, 114).

(1) GIURISPRUDENZA.

La disapprovazione è ammissibile, anche dopo il pagamento delle spese al patrocinatore, ritirando le produzioni; nè può dirsi che sia ciò una esecuzione della sentenza nel senso dell' art. 159† 253 del codice di procedura civile. (*Parigi*, 22 *luglio* 1815, *Sirey*, *tom*, 16, *pag*. 332.)

(2) Vedi al commentario di questo titolo, pag. 25, la ragione di quest' ultima disposizione.

Secondo siffatte spiegazioni e secondo il testo dell'art. 362, è chiaro che quest' articolo stabilisce tre principi; primieramente, che non è più permesso d'intentare la disapprovazione, allorchè la sentenza ha l'autorità della cosa giudicata, è sia decorso un' intervallo di otto giorni; in secondo luogo, che se la disapprovazione fatta negli otto giorni è dichiarata valida, porta seco benanche la riformazione della sentenza passata in forza di cosa giudicata; (*ved. supra art.* 360); in terzo luogo, che la disapprovazione debba per conseguenza essere notificata alle persone che intervennero in detta sentenza.

Da questi principi, che il legislatore tantoppiù doveva consacrare in quanto che egli della disapprovazione (siccome praticavasi sotto l'impero dell'ordinanza) non ne ha fatto un mezzo di ricorso per ritrattazione di sentenza, risulta che l'azione è inamissibile, se la disapprovazione non è notificata alla parte in favore della quale la sentenza si è pronunziata.

Del resto, questo modo di procedere è in tutto uniforme agli antichi principi. — (*Ved. il nuovo Denisart, alla parola* disapprovazione §. 2, *n.* 1, *pag.* 295).

Modello di atto di disapprovazione.

Il dì . . . del mese . . . dell' anno . . . è comparso nella cancelleria del tribunale civile di . . .

Il signor Pietro dimorante in . . . assistito dal signor D . . . suo patrocinatore, il quale ha dichiarato che il signor Paolo ha formato contro di lui con citazione del dì . . . una dimanda per esser pagata una somma di mille ducati, che pretende essergli dovuta per cagion di mutuo. Il comparente, non avendo avuto mai a prestanza la somma in quistione, ha incaricato il signor B . . . patrocinatore di questo tribunale di difenderlo contro questa dimanda e sostenere non esser egli debitore di cosa alcuna. In vece di negare un tal prestito il signor B. . . ha con un suo atto del dì . . . riconosciuto il detto debito, limitandosi a sostenere ch' era prescritto; alla qual cosa il signor Paolo ha replicato che non lo era, attesocchè durante la sua minorità la prescrizione fu sospesa: e siccome il comparente non ha dato mai a detto signor B. . . alcun mandato di riconoscere il detto debito, dichiara che disapprova il detto signor B. . . in quanto all' atto del dì . . . ed ogni altra procedura consecutiva. E conclude, che la detta disapprovazione sia dichiarata valida, ed il detto atto e tutto ciò che vi ha relazione dichiarato nullo, e il detto signor B. . . condannato nelle spese tanto degli atti disapprovati, che di quelli fatti e da farsi sulla presente disapprovazione; del che richiesti abbiam formato il presente atto che ha firmato col detto signor D. . . suo patrocinatore, e con noi cancelliere.

Modello di citazione per la disapprovazione principale.

L' anno . . . il mese. . . il dì . . . Ad istanza di.... ec. Io sottoscritto ho citato il signor Martino usciere del tribunale di . . . per rispondere su' motivi della disapprovazione che l' attore ha fatta contro il detto Signor Martino, con atto ricevuto nella cancelleria del tribunale civile di . . . il dì . . . e sentir aggiudicare all' attore la conclusioni prese nell'atto suddetto; ed ho al detto signor Martino, parlando come sopra, lasciata copia tanto dell'atto medesimo, quanto del presente.

Modello di denunzia della disapprovazione incidente alla parte a cui è stato intimato l'atto disapprovato.

Ad istanza del Signor Pietro.

Si notifica e si da copia al signor M. . . patrocinatore del signor Giacomo.

1. Dell' atto formato in cancelleria di questo tribunale il dì . . . contenente per parte del detto signor Pietro una disapprovazione contro il signor Martino, usciere del tribunale civile di . . . il quale con citazione del dì . . . ha intimato in nome del detto Signor Pietro senza averne avuto da lui verun mandato, un sequestro contro il detto signor Giacomo; di cui quest' ultimo ha dimandato la nullità con atto del dì. . .

2. Dall' assegnazione di termine fatta con citazione del dì . . . al Signor Martino a comparire in questo tribunale per procedere sulla detta disapprovazione, e ciò affinchè il signor Giacomo non lo ignori.

Modello di difese contro la disapprovazione.

Ai signori presidente e giudice del tribunale di ..

Il signor B. . . patrocinatore in questo tribunale convenuto nel giudizio di disapprovazione intentato contro di lui dal signor Pietro, con atto disteso in cancelleria il dì . . . a lui intimato con atto del dì. . .

Contro il signor Pietro, attore in detta disapprovazione. Presente il signor Paolo anche convenuto in detta disapprovazione. Eccepisce per motivi d' inammissibilità di detta disapprovazione, la quale dev'essere rigettata, egualmente che la dimanda di validità. . . .

(*Si espongono i fatti ed i motivi*)

Ciò considerato, piaccia al tribunale, senza fermarsi, nè aver riguardo alla dimanda del detto

signor Pietro per la validità della disapprovazione fatta da lui in cancelleria con atto del giorno . . . la quale deve dichiararsi inammessibile , ed in ogni caso rigettarsi , dichiarar calunniosa e nulla la detta disapprovazione : in conseguenza ordinare che sia cancellata dal registro , e farsi in margine menzione della sentenza dal signor . . . cancelliere , depositario del detto registro , obbligandovelo sotto pena di arresto personale. Condannare il detto Signor Pietro , anche coll'arresto personale , al pagamento di duc. 1200 per danni ed interessi verso il Signor B. . . ed alle spese.

Come ancora , dichiarar comune al detto signor Paolo la detta sentenza.

Modello di sentenza che dichiara valida la disapprovazione di una procedura non seguita da decisione.

Considerando che Dionigi nel sostenere che il prestito di ducati mille dimandato da Pietro a Paolo, era rimasto estinto , mediante la prescrizione , ha riconosciuto senz' averne la facoltà l' esistenza del detto prestito ; che in tal modo la disapprovazione fatta da Paolo , che sostiene non avar avuto luogo il prestito , è valida.

Il tribunale facendo dritto alla dimanda di disapprovazione , fatta nella cancelleria contro Dionigi da Paolo , patrocinatore di D. . . la dichiara valida ; in conseguenza dichiara nullo l'atto del dì . . . . unitamente a tutto quanto è stato fatto dopo di esso ; e facendo dritto alla dimanda di Pietro contro Paolo , rigetta la dimanda , e condanna Dionigi alle spese verso tutte le parti.

Modello di sentenza che dichiara la disapprovazione.

Considerando, 1. che gli atti fatti da Dionigi per Paolo patrocinato da D. sono stati dal medesimo autorizzati con sua lettera del dì . . . legalmente registrata ; 2. che la pubblicità data alla disapprovazione con due memorie stampate , e sparse con profusione ha cagionato un pregiudizio notabile a Dionigi : il tribunale dichiara nulla , calunniosa e irragionevole la disapprovazione fatta da Paolo contro il suddetto Dionigi , patrocinatore di questo tribunale , con atto ricevuto nella cancelleria sotto il dì . . . ordina che sia cancellata dal registro da N. N. cancelliere di questo tribunale, e che della presente sentenza si faccia menzione in margine dell'atto di disapprovazione : ed a far ciò il detto cancelliere sarà costretto anche coll' arresto personale , e facendolo ne sarà discaricato condannando inoltre il signor D. . . al ristoro de'danni ed interessi verso il suddetto Dionigi , ed alle spese verso tutte le parti.

SESTA DIVISIONE.

Della procedura incidente relativa alle ricuse , sia di un intero tribunale , sia dei giudici in particolare.

Se il Codice di procedura, al tit. 8 del lib. 1. (*ved. supra, tom.* 1, *pag* 46, *ed al tit.* 21, *ved. infra*) adopera la parola *ricusazione* per esprimere la dimanda tendente ad escludere uno o più membri di un tribunale dal prender parte in una causa, nulladimeno nel suo significato generale, questa medesima parola applicasi ad ogni eccezione in forza della quale una parte *ricusa* (1) d' aver per giudice lo stesso tribunale innanzi al quale è citata.

Sotto questo rapporto, ogni dimanda la quale tende, sia, come quella relativa alle *competenze giurisdizionali fra i giudici* , ad attribuire ad un tribunale, a preferenza di un' altro, la conoscenza di una causa , per cui questi due tribunali vengono simultaneamente aditi, sia , come quella *di rimessione* per qualunque causa, onde sostituire un' altro tribunale a quello innanzi al quale è intentato il giudizio, costituisce una vera ricusazione.

Del pari, ogni ricusa è realmente una eccezione *declinatoria* (2) , sebbene il Codice di procedura non impiega quest'ultima parola se non per qualificare l' eccezione enunciata nel tit. 9 , §. 2. — (*Ved. sopra* , *tom.* 1 , *pag.* 248).

Per lo che da siffatte osservazioni , risulta che la parola *ricusazione* può essere propriamente ed utilmente adoperata come espressione generica, la quale dinoti nel tempo stesso e le dimande relative alle competenze giurisdizionali fra i giudici e quelle di rimessione di un tribunale ad un'altro, per causa di parentela o di affinità, non che quelle con le quali la parte ricusa di aver per giudici uno o più membri di un tribunale; dimande che formono la materia

(1) *Ricusazione* dal verbo latino *recusare* , ricusare , *recusatio.* (*Vedi del resto la definizione data sopra* , *tom.* 1 , *pag.* 46.)

(2) *Declinatoria* viene da *declinare e vitare* ; or *evitare* di avere un dato tribunale per giudice , è lo stesso che *ricusare* di mettersi sotto la sua giurisdizione.

della presente suddivisione della procedura incidente (1).

TITOLO XIX.

Delle competenze giurisdizionali fra i giudici.

Una medesima controversia può nello stesso tempo presentarsi innanzi a due o più tribunali.

Se uno di questi tribunali è incompetente, evvi luogo ad opporre l'eccezione declinatoria per causa d'incompetenza, della quale abbiamo trattato *supra*, tom. 2, pag. 6, 17 e 18. Se non vi è incompetenza, si può dimandare la rimessione per causa *di pendenza di lite*, davanti il primo tribunale adito. — (*Ved. supra, tom. 2, pag.* 159, *sull'art.* 171).

Ma se, in questi due casi, non è accordata la rimessione, o se questa dà luogo a molte difficoltà, bisogna ricorrere per la *decisione della competenza dei giudici*, ad oggetto di far cessare il *conflitto* di giurisdizione esistente fra due o più tribunali, con una sentenza la quale dichiari quale fra essi debba conoscere della causa.

Ogni conflitto di giurisdizione è positivo o negativo; *positivo*, allorchè due o più tribunali ritengono ugualmente la conoscenza di una causa; *negativo*, allorchè si rifiutano egualmente a conoscerne (2).

Al primo soltanto applicansi le disposizioni del Codice di procedura per le competenze giurisdizionali fra i giudici, avendo l'art. 363 † 455 (3) conservato alla Corte di cassazione la competenza esclusiva, per giudicare sulle dimande e regolamenti giurisdizionali fondati su di un conflitto negativo (4).

Tutta la procedura, in siffatta materia, riducesi ad una sentenza la quale permette di citare per lo giudizio della competenza (art. 364 † 456), e che dev'essere notificata con intimazione a comparire, in un dato termine (art. 365 † 457), sotto pena di decadimento dalla istanza di competenza. (Art. 366 † 458). Del resto il Codice sottopone ai danni ed interessi l'attore che succumbe. (Art. 367 † 459) (5).

ART. 363 † 455. *Se una medesima causa è portata simultaneamente avanti due o più giudici di pace, i quali siano dipendenti dallo stesso tribunale, la decisione sulla competenza dei giudici è portata a questo medesimo tribunale.*

Se i giudici di pace dipendono da tribunali diversi, la decisione è portata innanzi alla corte di appello.

Se i giudici di pace non sono nella circoscrizione della stessa corte reale, la decisione è

(1) Del resto, onde prevenire qualunque confusione d'idee che potrebbe nascere dall'adoperare come termine generico la parola *ricusazione*, di cui il codice fa uso soltanto *specificatamente*, chiameremo *ricusazione parziale* quella de' giudici in particolare.

(2) Vedi il nostro trattato delle leggi di organizzazione e di competenza lib. 2, tit. 5.

(3) Vedi il commentario su questo articolo.

(4) Ecco perchè noi definiamo la competenza giurisdizionale fra i giudici, in quanto che forma oggetto delle disposizioni del codice di procedura, *la decisione colla quale un'autorità giudiziaria superiore dichiara quale di due o più autorità che le sono subordinate dee conoscere di una quistione portata simultaneamente innanzi ad esse.*

(5) Noi dobbiamo far riflettere che questa forma di procedura non applicasi soltanto nel caso del conflitto di cui abbiam ora parlato; ma deve inoltre seguirsi in tutt'i casi in cui diviene necessario di dare de' giudici alle parti che si trovano non averne, per qualunque siasi avvenimento, per esempio, in caso di ricusazione di tutt i giudici, della loro dichiarazione di astenersi dal giudicare, ec. Però allora l'azione è qualificata come *dimanda d'indicazione*, e non già di *competenza giurisdizionale fra' giudici*, attesochè nella circostanza in cui vien prodotta non esiste alcun conflitto di giurisdizione.

Veggasi nel nostro trattato di organizzazione e di competenza, lib. 3, tit. 6, a quale autorità appartenga pronunziare su tali dimande. Noi però dobbiamo qui dire che la procedura da farsi consiste in una istanza che la parte più diligente presenta all'autorità competente; che quest'istanza deve enunciare i motivi e le pruove dell'impedimento, colle conclusioni per la rimessione della causa al tribunale più vicino a quello ch'è impedito, che finalmente questa rimessione è pronunziata sulle conclusioni del pubblico ministero, essendo le parti presenti o debitamente chiamate.

Tali sono, dice Berriat-Saint-Prix, pag. 336, nota 18, le regole che si deducono naturalmente dalle leggi de' 30 germile, anno 5, e 16 ventoso anno 12, combinate colla giurisprudenza della corte di cassaziona, a cui il codice di procedura non sembra aver derogato; ma noi aggiugneremo che dopo la sua pubblicazione esse furono formalmente consacrate da una decisione della camera delle vacazioni della corte di Rennes, del 20 settembre 1808.

portata innanzi alla corte di cassazione. (*Ved.* l'*art.* 368 † 460.)

Egualmente se una medesima causa è portata innanzi a due o più tribunali di prima istanza dipendenti dalla stessa corte di appello, la decisione è portata innanzi alla detta corte; ed alla corte di cassazione se i due tribunali non sono compresi nella giurisdizione della medesima corte di appello, o se il conflitto di giurisdizione ha luogo tra due o più corti di appello (1).

Ordinanza del 1669 e del 1737. Vedi qui appresso agli art. 883 e 1028.

CCCIII. Pima della pubblicazione del Codice di procedura, tutte le dimande per la decisione delle competenze fra i giudici dovevano, in conformità delle leggi del 1 dicembre 1790 e 27 ventoso anno 8, dirigersi alla corte di cassazione.

Ma risulta dalla prima disposizione del presente articolo, che la stessa non può conoscere se non dei *conflitti negativi*, come abbiam detto alla pagina 41. Lo stesso articolo stabilisce, per rispetto ai conflitti positivi, una regola generale uniforme all'ordine gerarchico delle autorità giudiziarie, ed a norma della quale la dimanda per le competenze giurisdizionali portasi sempre davanti al tribunale immediatamente superiore, e che estende la sua giurisdizione sopra i due tribunali fra i quali esiste il conflitto. Laonde, allorchè la controversia è portata innanzi a due o più giudici di circondario, compresi nella giurisdizione del medesimo tribunal civile, sarà questo il tribunale il quale pronunzierà sul conflitto.

Nel caso contrario sarà la Corte reale, e se i tribunali dipendono da due Corti diverse, deciderà la Corte di cassazione. Quest' ordine è egualmente serbato pei tribunali distrettuali, e la Corte di cassazione forma sempre l'ultimo termine a cui devesi pervenire, perciocchè dessa è la suprema conservatrice delle leggi del regno, e viene immediatamente dopo del legislatore, non avendo la sua competenza alcun limile. — (*Rap. al Corpo legislativo.*) (*).

(1) GIURISPRUDENZA.

1. Allorchè dopo di avere adito due tribunali diversi contro parti diverse, un attore, dal canto di ciascuna di queste parti, soggiace ad una eccezione che rende ad un tempo litigioso lo stesso oggetto innanzi a due tribunali, questo attore, per mezzo di dimanda sulla competenza dei giudici, può ottenere che le due cause siano rinviate innanzi ad un solo e medesimo tribunale. — (*Cassaz.* 3 *piovoso anno* 10; *Sirey tom.* 11, *par.* 2, *pag.* 429).

2. Non vi è luogo a ricorrere per la competenza giurisdizionale pria che non siasi portata la quistione innanzi a'tribunali, fra cui il conflitto può elevarsi; altrimenti non sarebbe più una dimanda per la competenza, ma per l' indicazione de' giudici, la quale, benchè sia di competenza delle Corti reali, non può aver luogo se non per certe cause assolutamente diverse da quelle che danno luogo al giudizio di competenza giurisdizionale. — (*Arg. tratto da una decisione di Torino del* 2. *feb.* 1812, *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 350).

3. Non si può con una semplice dimanda per la competenza de' giudici impugnare una sentenza con cui un tribunale, sulla quistione s' esso dovea procedere in linea civile o criminale, ha dichiarato non poter procedere se non nella prima di queste due giurisdizioni. — (*Cassaz.* 16 *brumaio, anno* 13; *Sirey, tom.* 7, *part.* 2, *pag.* 1165).

4. Vi è luogo a giudizio di competenza, allorchè i tribunali di prima istanza e di appello han dovuto dichiararsi incompetenti. — (*Cassaz.* 24 *vendemmiale anno* 10; *Sirey, tom.* 7, *pag.* 73).

5. Non si può per mezzo d' istanza per la competenza de' giudici, far rivocare una decisione la quale, essendo spirati i termini stabiliti per ogni ricorso, è passata in cosa giudicata. — (*Cassaz.* 16 *piovoso anno* 16; *Sirey, tom.* 6, *pag.* 41).

6. Sono nulle e di nessun effetto tutte le sentenze e decisioni pronunziate sul merito, dopo notificato un arresto della corte di cassazione, che ordina la comunicazione di una dimanda per decidersi la competenza de' giudici; con questa disposizione *rimanendo ogni cosa nello stato in cui si trova.* — (*Cassaz.* 6 *maggio* 1812; *Sirey, tom.* 13, *pag.* 31).

7. L' azione per la diminuzione del prezzo di affitto per evizione sofferta dall' affittuale; e l' azione di nullità dell' affitto per incapacità del locatore, non sono azioni identiche o connesse nel senso dell' art. 171 † 265 del codice di procedura civile. Laonde se una parte ricorre per la diminuzione del prezzo, e l' altra per lo scioglimento dell' affitto, ciascuna azione può portarsi ad un tribunale diverso, senza che vi sia luogo ad ordinare la rimessione delle due controversie innanzi ad un medesimo tribunale, cioè innanzi al primo in cui erasi portata la dimanda, — (*Cassaz.* 5 *luglio* 1810; *Sirey, tom.* 14, *pag.* 136.) *In conseguenza in questo caso non può esservi luogo alla decisione della competenza de' giudici*).

(*) Le quistioni giurisdizionali fra le autorità del contenzioso amministrativo si definiscono:

Fra' sindaci, dal consiglio d' intendenza;

1320. *Qual'è il carattere che debb'avere una causa per dar luogo alle competenze giurisdizionali fra i giudici, uniformemente all'art.* 363?

Fa duopo che la controversia presentata innanzi a due ovvero a più tribunali costituisca, relativamente al suo oggetto, una sola e medesima causa, o almeno un'altra causa essenzialmente connessa. Basta siffatta identità, o questa connessione di oggetto perchè diasi luogo alla competenza giurisdizionale fra i giudici, ancorchè fosse sostenuta la causa dalla stessa persona e contro due diversi *individui*. Di fatti, l'art. 363 non richiede la identità di persone perchè fosse accolta la dimanda per la decisione della competenza dei giudici. —(*Ved. Berriat-Saint Prix*, *p.* 338, 1. *caso*, *nota* 2, *e cassaz.* 28 *dicembre* 1807, *Giurispr. delle corti sovr.*, *tom.* 5, *pag.* 98.)

1321. *Può darsi luogo al giudizio di competenza fra i tribunali di commercio?*

Lepage, pag. 235, proponendo siffatta quistione per la ragione che l' art. 363 non parla se non del conflitto che elevasi, sia fra le giustizie di pace, sia fra tribunali di prim' istanza, sia fra le Corti, e serba silenzio per rispetto ai tribunali di commercio, pronunziasi per l'affermativa. Ed in vero è chiaro che potendo esistere conflitto fra questi tribunali, la dimanda sulla competenza giurisdizionale dei giudici è benanche permessa; anche perchè essi vanno compresi sotto la denominazione di tribunali di prim' istanza. Perciò la Corte di cassazione adottò la decisione di Lepage, pronunziando con arresto del 23 dicembre 1807 (*ved. Sirey tom.* 9, *parte* 1 *pag.* 67) su di una competenza giurisdizionale fra il tribunale di commercio di Lione e quello di Orleans (1).

1322. *In tutt' i casi in cui la stessa causa oppure una causa connessa trovasi sottoposta a due diversi tribunali, si ha forse necessariamente l' obbligo di avvanzare una dimanda per lo giudizio di competenza?*

Noi crediamo che a due mezzi può appigliarsi una parte la quale voglia litigare in un tribunale soltanto; primamente può eccepire la declinatoria ed appellarsi in caso di rigetto (*ved. l'art* 454† 518); secondariamente può avvanzare la dimanda sulla competenza giurisdizionale fra i giudici davanti l' autorità competente (2).

Fra' consigli d' intendenza dalla Gran Corte de' Conti;

Fra le Gran Corti de' Conti, dalla Consulta generale del Regno e dal Re Sovranamente;

Fra le commessioni di prima istanza per le prede e naufragi, dal consiglio delle prede e naufragi.

La autorità adite in via di regolamento di giudici, possono in pendenza della loro decisione su ciò, ordinare la sospensione di ogni procedura (*Leg. de'* 25 *marzo* 1817, *art.* 122 *e seg. e* 10 *ott.* 1825.)

Giova avvertire che tutte le regole che andremo in prosieguo esponendo rispetto alle competenze giurisdizionali fra' giudici civili, sono comuni alle autorità del contenzioso amministrativo. Se non che la detta legge de' 25 marzo 1817 condanna l' attore succumbente non solo alle spese, danni ed interessi di cui parla l' art. 459 delle leg. di proc., ma benanche ad una multa non minore di duc. 10 nè maggiore di duc. 50 (*Vedi gli art.* 125 *a* 128 *della detta legge*).

(1) Trattandosi di una dimanda d' indicazione di giudici di commercio, la corte deve rinviarla innanzi al tribunale civile, atteso che le parti si trovano nello stesso stato come se non vi fossero giudici di commercio nel distretto.

(2) Noi facciamo qui osservare, che pronunziata una volta la decisione della competenza dei giudici, non sarebbe più ammessa la eccezione per la declinatoria, perciocchè non potrebbe ritornare in quistione ciò che fu deciso irrevocabilmente dall' autorità competente. Vi sono d' altronde una quantità di casi ne' quali l' autorità che avesse pronunziato sulla competenza, si troverebbe esser quella stessa incaricata per pronunziare sull' appello della sentenza intervenuta sulla declinatoria proposta dopo la decisione della competenza: or questa autorità non potrebbe contraddire se stessa.

Ma supponiamo che invece di dimandare da principio la decisione sulla competenza de' giudici, si fosse opposta una declinatoria, la quale fosse stata rigettata in grado di appello, non ne risulterebbe forse che la causa sarebbe pendente innanzi a due tribunali? Non si potrà forse ricorrere in tal caso perchè sia decisa la competenza dei giudici?

Noi non crediamo, come abbiam detto sulla quistione 720, che possa accordarsi questa facoltà alla parte che ha soggiaciuto in appello, qualora il tribunale che su questo appello decise che i primi giudici ritengano la causa, fosse anche quello al quale devesi portare l' istanza di competenza. Qui la nostra opinione è fondata sulla già detta ragione, cioè, che un tribunale non può contraddire se stesso.

Sarebbe altrimenti se il tribunale di appello fosse diverso da quello a cui devesi far istanza per la decisione della competenza.

Ma se ad evitare che abbiasi a piatire innanzi a due tribunali, si hanno i due mezzi or ora indicati, è pur necessario avvertire un inconvenien-

1323 *Il Codice di procedura ha forse derogato alla disposizione dell'ordinanza del 1737, la quale permette alla parte la cui eccezione di declinatoria venne rigettata, senza esservi stato conflitto di giurisdizione fra due tribunali, di ricorrere per la decisione di competenza nella corte di cassazione?*

L' art. 19 dell'ordinanza del 1737 dice, che la parte la quale avesse veduto rigettata sì la declinatoria da lei proposta alla corte e nella giurisdizione ch' essa crederà incompetente, come pure la dimanda di rimessione ad un'altra Corte, o ad un' altra giurisdizione, potrà gravarsene nel consiglio (attualmente corte di cassazione).

È evidente che in questo caso non esiste alcun conflitto fra due tribunali, perciocchè innanzi ad un solo fu portata la controversia. Ma l'art. 363 suppone un tal conflitto, epperò quest' articolo è straniero al caso previsto dall'ordinanza, la quale non è andata soggetta ad alcuna derogazione, e quindi delib'essere osservata. Per lo che, per una seguela di conseguenze, avvi luogo a produrre ricorso per la competenza giurisdizionale davanti la corte di cassazione, come da lei stessa fu ritenuto con arresto del 30 giugno 1807. (*Ved. Denevers*, 1808, *supplem. p.* 74.)

1324. *Ma la dimanda di competenza sarebbe forse ammissibile, come si è detto, se la sentenza che ha rigettata la declinatoria avesse giudicato nel merito?*

Che no, perciocchè l'art. 19 dell'ordinanza del 1737, citato nella precedente quistione, non permette alle parti, la cui declinatoria venne rigettata dai tribunali di prim' istanza o di appello, produrre ricorso per la decisione della competenza dei giudici nella Corte di cassazione, se non quando fosse stato deciso sulla declinatoria soltanto, e rimane a giudicarsi sul merito; supponendo necessariamente il giudizio di competenza ulteriori controversie a decidersi — (*Ved. cassaz.*, 21 *nevoso, anno* 13, *e* 22 *vendemiale anno* 14; *Giurispr delle Corti sovrane*, *tom.* 5 *pag.* 96.)

1325. *Siffatta regola debbe forse applicarsi nel caso benanche in cui la parte non si fosse difesa in merito?*

Un'arresto della Corte di cassazione del 27 marzo 1812, Sirey tom. 12, pag. 304, fa supporre necessariamente la negativa, perciocchè rigetta la dimanda dell' attore per la competenza, per essersi in grado di appello difeso sul merito della causa, invece di limitarsi alla declinatoria, come aveva fatto in prim' istanza: donde siegue evidentemente, che se non avesse fatta alcuna difesa in merito, la Corte non avrebbe applicata l' indicata regola.

D' altronde la quistione fu formalmente risoluta in questo medesimo senso da un' altra decisione del 20 luglio 1815, Sirey, tom. 15, pag. 379, la quale dichiarò che il dritto di ricorrere per la decisione della competenza dei giudici non può esser tolto da un tribunale che pronunzia sul merito, sul quale l' attore per la rimessione non avesse nè conchiuso nè aringato.

Ma una decisione intermedia pronunziala dalla stessa Corte nel 12 luglio 1814, Sirey tom. 14, p 172, stabilì che « la regola la quale » permette di ricorrere per la decisione della » competenza dei giudici, allorchè fu rigettata » la eccezione d'incompetenza, non applicasi al » caso in cui la controversia, nello stesso tem- » po della competenza, venne decisa in meri- » to, tanto in prim' istanza che in appello, at- » teso che non può darsi luogo alla competen- » za giurisdizionale fra giudici, ogni qualvolta » non siavi più lite da giudicare.

Su questa decisione Sirey osserva che essa fu pronunziata in una specie in cui l' attore per la rimessione non aveva esteso al *mal giudicato* l' appellazione da lui prodotta.

Ma se siffatta osservazione fosse interamen-

te che potrebbe trar seco la preferenza data alla declinatoria sulla dimanda per lo giudizio di competenza. Potrebbe avvenire che, non essendo sospensiva tale dimanda rispetto al tribunale contro cui viene proposta, nè, se fosse rigettata, essendo sospensivo l' appello, il detto tribunale continuerebbe ad istruire e passerebbe a profferire la sua sentenza, mentre d' altra banda l' attore per lo giudizio di competenza, essendo soggiaciuto in appello, sarebbe obbligato a sostenere altra volta la stessa causa innanzi al tribunale che avea cercato di evitare: donde hassi a conchiudere che, quando due o più tribunali stian procedendo per una medesima causa, il mezzo più conducente ed a cui conviene appigliarsi, è la dimanda per la decisione di competenza.

Ma allorchè sulla declinatoria proposta da una delle parti, i primi giudici hanno rinunziato a conoscere della causa, il convenuto nella declinatoria non può ricorrere al giudizio della competenza. In questo caso può egli far uso soltanto del mezzo di appello. — (*Cassaz.* 25 *termidoro anno* 12; *Sirey, tom.* 7, *part.* 2, *pag.* 879).

te esatta, sarebbevi una opposizione precisa fra questa decisione, e quella del 20 luglio 1815. Noi però osserviamo che l'attore per la competenza aveva prodotto appello, tanto contro la sentenza che aveva deciso sulla competenza, quanto contro di quella che aveva deciso in merito; in questo caso importava poco che si fosse oppur no difeso in merito, perciocchè egli coll' appello sul merito avea portata la causa al'a cognizione della corte.

Al contrario, nel caso della decisione del 1814, la causa non era in grado di appello, e l'attore per la competenza non aveva conchiuso in merito.

Non avvi adunque alcuna contraddizione fra le diverse decisioni da noi citate; esse sono uniformi ai principi, e prevengono una parte la quale avesse eccipita una declinatoria in prima istanza, ch' essa debbe limitarsi ad appellare dalla sentenza, o da quella parte di essa che decide sulla declinatoria, per ottenere, in caso di rigettamento, la decisione della competenza innanzi la Corte di cassazione

1326. *Devesi forse intentare l' istanza per la competenza dei giudici, uniformemente all' art. 363, solamente quando la causa penda fra due tribunali non soggetti alla medesima autorità superiore ?*

In altri termini, *bisogna forse limitarsi ad opporre la declinatoria, sol quando la causa trovasi pendente innanzi a due tribunali sottoposti alla stessa autorità superiore ?*

Delaporte, tom. 1, pag. 334, e gli autori del Comentario inserito negli Annali del notariato, tom. 2, pag. 435, sostengono che se la causa è pendente innanzi a due tribunali, soggetti alla medesima autorità superiore, avvi luogo ad eccepire la declinatoria, e non ad intentare l'azione per la competenza. Essi non ammettono il conflitto se non nel caso in cui due tribunali indipendenti, e non soggetti alla medesima autorità, si ostinassero a ritenere la medesima causa.

Ma i tribunali di prim'istanza sono indipendenti gli uni dagli altri, sebbene soggetti alla medesima Corte di appello, ed ancorchè dipendessero da due Corti diverse, sono sempre soggetti, per quanto risguarda la competenza, al medesimo superiore comune, alla Corte di cassazione.

La legge sembra respingere la distinzione fatta da' citati autori; ed ogni qual volta avvi luogo a dimandare la dichiarazione di competenza, puossi per la verità cercare di ottenerla per mezzo della declinatoria, correndo però i rischi da noi indicati nella quistione 1322 alla nota 2; ma si può benanche avvanzare direttamente la istanza per la competenza, uniformemente all' art. 363[1].

ART. 364 + 456. *In vista delle dimande formate innanzi a differenti tribunali, si pronunzia dietro istanza della parte la sentenza che permette la citazione per la decisione sulla competenza.*

Nella medesima sentenza si può ordinare sospensione di ogni procedura nei due tribunali di conflitto.

T. 78, ordin. del 1669, tit. 2, art. 4 e 5, ed art. 7 ed 8 di quella del 1737; *supra* art. 83.

CCCIV. La dimanda pel giudizio della competenza non soggetta allo sperimento di conciliazione, formasi da principo con un' istanza che l'attore presenta ad un tribunale o alla Corte la quale deve conoscere del conflitto. Siffatt' istanza, munita di documenti giustificativi, è seguita da una sentenza che autorizza la citazione: la stessa sentenza può ordinare la sospensione di tutti gli atti, tanto sull' una che sull'altra delle dimande per lo conflitto; circostanza che verificasi sempre, allorchè i giudici scorgono che la dimanda di competenza è di molta importanza.

1327. *L' istanza colla quale formasi la dimanda per la decisione della competenza deve forse esser letta in pubblica udienza ?*

Poichè l'autorizzazione a citare per la competenza deve rilasciarsi in forza di sentenza, secondo l' art. 364, bisogna che la lettura della sentenza sia fatta all' udienza pubblica, e che i giudici deliberino su questa istanza nello stesso modo che praticano per una causa la

[1] [(a) Nello stato attuale della organizzazione giudiziaria nel Regno de' Paesi-Bassi, in cui vi sono tante corti di cassazione per quanto sono quelle di appello, non può esservi in una causa pendente innanzi a due Corti Superiori, o innanzi a due tribunali soggetti a due Corti Superiori, altro mezzo per ricorrere per la decisione di competenza, se non dirigendosi al Re, il quale pronunzia dopo di aver inteso il consiglio di Stato. Allorchè saranno messe in esecuzione le disposizioni della legge fondamentale sull' ordine giudiziario, l' alta Corte eserciterà le funzioni che il Codice attribuisce alla corte di cassazione].

quale è discussa innanzi ad essi.— (*Ved. il Com. degli Annali del not tom* 2, *pag.* 436.)

1328. *In qual modo il tribunale mettesi in istato di giudicare sull' istanza ?*

Avvi l' uso in taluni tribunali di farsi dare lettura di quest'istanza dal patrocinatore il quale l'ha sottoscritta; in altri , ed è questa la opinione di Hautefeuille,pag. 196,siffatt'istanza è rimessa al presidente, il quale ne da conoscenza al tribunale. Noi pensiamo che nella specie dell'art. 364, ben diversa da quella che ha formato oggetto della nostra quist. 1272 , per la ragione che la parte avversa non è stata ancora citata, puossi o seguire l'opinione di Hautefeuille, o depositare l' istanza in cancelleria.

1329. *L'istanza debb' essere forse comunicata al ministero pubblico ?*

Gli autori del Comentario inserito negli Annali del notariato,tom.2, pag.436, dicono che sebbene l'art. 82, §. 4, voglia che il ministero pubblico prenda la parola nelle cause di competenza fra giudici , il suo intervento sarebbe inutile nella sentenza di cui parla l' art. 364, perciocchè non ha per oggetto se non un mezzo preparatorio per pervenire al giudizio cui deve dar luogo la dimanda per la competenza.

Noi osserviamo che l'articolo non fa alcuna distinzione , potendo esservi delle ragioni per le quali il pubblico ministero potrebbe opporsi, sia alla citazione per la competenza , sia alla sospensione che dimanderebbesi coll' istanza.

Perciò la maggior parte degli scrittori dicono che l' istanza comunicasi al ministero pubblico,il quale scrive in piede di essa la dichiarazione di non *impedire* ovvero *di apporsi*.—(*Ved Pigeau, pag.* 134; *Hautefeuille, pag.* 196.)

1330. *I giudici ai quali è presentata l'istanza possono forse rifiutare il permesso di citare per la competenza ?*

Secondo Demiau Cronzilhac, pag. 272, basta che si esibiscano al tribunale due atti i quali stabiliscono che una controversia è sottoposta a più tribunali, perchè lo stesso sia obbligato, su di un sol fatto, di accordare il permesso di citare per lo giudizio della competenza. Questo scrittore fondasi sulle parole imperative dell'art. 364, sarà *pronunziata sentenza.*

Noi pure crediamo che il tribunale sia obbligato di accordare il permesso di citare,allorchè gli si presentano due atti di dimanda i quali stabiliscono chiaramente che una medesima controversia trovasi sottomessa a due o più tribunali. Decidere diversamente , sarebbe lo stesso che agire *arbitrariamente* e contro la disposizione testuale della legge;ma non è men vero che il tribunale può ricusare il permesso di citare, se è convinto , nell' osservare i due documenti , che non trattasi di una medesima dimanda , o di una dimanda essenzialmente connessa ad un' altra (1).

1331. *Ma può forse il tribunale rifiutarsi di ordinare la sospensione di tutte le procedure, in caso di conflitto ?*

Le parole dell'art. 364 provano che siffatta sospensione è lasciata all'arbitrio del tribunale il quale può rifiutarla, se siavi luogo a presumere che la istanza per la competenza è suscettibile di essere contraddetta dalla parte avversa. — (*Ved. Pigeau, tom*. 1, *pag.* 133 ; *Demiau-Crouzilhac, ubi supra*.)

1332. *La sentenza che accorda il permesso di citare,deve contenere l'enunciazione dei punti di fatto e di dritto, del pari che la motivazione, uniformemente all'art.* 141 + 233?

Pigeau, tom. 1, pag. 134 , nelle note , dice che l'art. 141 non è relativo se non alle sentenze pronunziate dietro discussione,e non già a quelle in seguito di una istanza Nulla di manco, egli aggiunge , possono applicarsi ad esse i motivi della legge, essendo utile che questo articolo sia esteso benanche alle dette sentenze.

Da quanto abbiam detto *supra*, tom. 1,pag. 396, not. 3, sarà agevole comprendere che noi dividiamo quest'opinione;ma non crediamo che si possa opporre, nella specie attuale , la nullità della sentenza,la quale non fosse strettamente uniforme all'art. 141.

ART. 365 + 457. *L' attore fa notificare la detta sentenza, e citare le parti al domicilio de' loro patrocinatori* (2).

Il termine della intimazione della sentenza e della citazione è di quindici giorni che decorrono da quello in cui la sentenza è stata pronunziata.

Il termine a comparire è il termine ordinario

(1) Precisamente per questa considerazione noi abbiam risoluta affermativamente la precedente quistione relativa al pubblico ministero. D' altronde se il tribunale non avesse questa facoltà, perchè il legislatore avrebbe richiesto che fosse dato permesso di citare?

(2) La notificazione della sentenza e la citazione debbono farsi con un medesimo atto, in conformità dell' art. 28 della tariffa.

delle citazioni, regolato però secondo le distanze del domicilio de' rispettivi patrocinatori.

T. 92 — Ordin. del 1737, tit. 2, art. 1, 9 e 10 ed ordin. del 1669, tit. 2, art. 1 e 6.

CCCV. L'attore per la competenza spedisce la sentenza che ha ottenuta, per notificarla con citazione, giusta la sua istanza.

Le parti citate non debbono ricevere nel loro domicilio, nè fare a quello dei loro patrocinatori, la notificazione della sentenza di aggiudicazione, la quale deve essere ad essi fatta fra i quindici giorni, a contare dallo stesso giorno della sentenza.

Esse hanno per comparire i termini ordinari della citazione, enumerando le distanze secondo il domicilio rispettivo dei patrocinatori in casa dei quali è lasciata la citazione (1).

1333. *In qual modo si esegue la notificazione e la citazione, allorchè non vi sieno patrocinatori; e come, in siffatta circostanza, van calcolati i termini per la comparsa?*

Allorchè non vi sono patrocinatori, la qual cosa succede nelle giustizie di pace e nei tribunali di commercio, la notificazione e la citazione rilasciansi nel domicilio delle parti, ed allora i termini si calcolano secondo la distanza della Corte o del tribunale che deve conoscere della dimanda della competenza giurisdizionale fra giudici. (*V. Pigeau, tom.* 1, *pag.* 135). Del resto, applicasi il principio stabilito dall'art. 151 † 245, il quale ordina non darsi luogo a contumacia se non dopo decorso il termine accordato alla parte che domicilia più lontano. — (*Ved. il Pratico, tom.* 2, *p.* 356).

ART. 366 † 458. *Se l'attore ha omesso di citare l'avversario ai termini sopra prescritti, decade, senza che occorra alcuna dichiarazione, dalla istanza per la decisione della competenza, e la procedura della causa si continua nel tribunale ch'è stato adito dal convenuto nel giudizio di competenza* (2).

Ord. del 1737, tit. 2, art. 13, ed ordin. del 1669, tit. 2, art. 3.

CCCVI. Se l'attore non ha fatta la citazione fra i quindici giorni dalla sentenza da lui ottenuta, la legge lo dichiara *decaduto* dalla istanza per lo regolamento della competenza.

Siffatto decadimento ha luogo di *pieno dritto*: perciò il convenuto per la competenza, senza aver bisogno di farla decidere, può continuare le sue procedure sulla dimanda principale, davanti il tribunale da lui stesso adito.

La dimanda per lo regolamento della competenza non potrebbe richiedere una lunga istruzione. Per tanto, come non è messa nel novero delle cause sommarie, il convenuto potrà notificare le sue difese e l'attore le sue risposte, fra i termini e secondo le regole stabilite per l'istruzione delle azioni ordinarie; ma le scritture notificate da entrambe le parti debbono essere tanto meno voluminose, in quanto che trattasi quì di una specie di declinatoria, e l'art. 75 sulla tariffa non ammette se non le istanze rispettivamente notificate per una declinatoria non eccedenti sei ruoli.

Ricordiamoci che le competenze giurisdizionali fra giudici trovansi annoverate fra le cause le quali debbono essere comunicate al ministero pubblico.

Il tribunale o la Corte, dopo aver inteso le parti all'udienza, nei loro mezzi di difesa, non che il ministero pubblico nelle sue conclusioni, decide sulla quistione se le dimande per lo preteso conflitto di giurisdizione abbiano realmente un oggetto identico, e ritenendo l'affermativa, fa cessare il conflitto, rinviando le parti e la causa davanti ad uno dei tribunali aditi.

1334. *Il convenuto può forse rispondere in iscritto alla citazione per lo regolamento della competenza?*

Che sì, avvegnachè le competenze giurisdizionali fra giudici non sono piazzate nel rango delle materie sommarie. D'altronde, la dimanda per la competenza fra giudici è una declinatoria, e noi abbiam visto sulla quistione 733 che l'art. 75 sulla tariffa permette di risponde-

(1) Non fa mestieri di osservare che quando esiste il conflitto tra due o più giustizie di pace o tribunali di commercio, la notificazione di cui si tratta, debb'esser fatta alla persona o al domicilio delle parti, ed il termine per comparire si computa per rapporto alla situazione del detto domicilio.

(2) GIURISPRUDENZA.

La mancanza di citazione nel termine stabilito produce non solo il decadimento dall'istanza pel regolamento della competenza che dava luogo a questa citazione, ma ancora la esclusione da una novella istanza, poichè l'art. 366 † 458 dice che potranno proseguirsi gli atti della causa principale nel tribunale adito dal convenuto nel giudizio di competenza. — (*Cassaz.* 11 *maggio* 1807; *Sirey, tom.* 7, *pag.* 87).

re in siffatta guisa.— (*Ved. questa quist.*; *Pigeau t.* 1. *p.* 136 *e Locrè t.* 2, *p.* 32).

ART. 367 † 459. *L'attore che succumbe può essere condannato ai danni ed interessi in favore delle altre parti.*

Ordin. del 1737, tit. 2, art. 29.

CCCVII. Se il tribunale davanti il quale le parti sono rinviate è quello che l'attore pretendeva aver per giudice, il convenuto, come ogni altra parte la quale soccumbe, dev'essere condannato alle spese; nel caso contrario, l'attore va soggetto alla medesima pena.

E quando soccumbe l'attore, oltre alle spese verso del convenuto, dev'essere condannato a quelle fatte da tutte le altre parti. Siffatta condanna, che dipende dalle circostanze, è ordinariamente pronunziata allorchè il tribunale giudicando che le dimande per lo preteso conflitto non hanno un'oggetto identico, rigetta la istanza per lo regolamento della competenza, la quale non aveva altr'oggetto se non quello di arrestare il corso della giustizia, e di paralizzare una doppia procedura.

1335. *Dal perchè l'art.* 366 *parla soltanto di una condanna facoltativa ai danni ed interessi, deve conchiudersi forse che il tribunale debba sempre riunire le spese del giudizio per la competenza?*

Lepage, nelle sue Quistioni, pag. 238, assegna molte ragioni dalle quali conchiude che la sentenza la quale pronunzia su di una dimanda per lo giudizio di competenza deve o aggiudicare le spese, o riservarle secondo le circostanze. Questo punto, dic'egli, è lasciato alla prudenza dei giudici: ciò che son essi obbligati di fare, si è di giudicare di una maniera qualunque sulle spese.

Noi pensiamo che l'attore per la competenza il quale soccumbe, deve necessariamente essere condannato alle spese, indipendentemente dai danni ed interessi che le altre parti possono ottenere, a causa del ritardo che il giudizio per la competenza ha posto alle loro procedure.

Che se al contrario l'attore ha avuto ragione di ricorrere per lo regolamento della competenza, ed il convenuto non ha prodotto ingiuste eccezioni, vi ha luogo a riunire le spese alla sorte della dimanda o dimande principali, e rinviarne la decisione ai giudici, ai quali è delegata la conoscenza delle medesime. — (*Ved. per le rimessioni per causa di sospetto legittimo e di sicurezza pubblica, il nostro Trattato delle leggi organiche e di competenza, lib.* 2, *tit.* 6.)

Modello d'istanza per ottenere il permesso di citare per lo giudizio della competenza.

Ai signori presidente e giudici (*o Consiglieri*) della Corte reale (*Tribunale civile, o Corte Suprema di giustizia*).

Paolo dimorante in . . . ha l'onore di esporvi aver contratta col signor Pietro una società puramente civile. L'esponente l'ha fatto citare per lo scioglimento della società al tribunal civile di . . . con atto di N. N. usciere . . . in data di . . . debitamente registrato.

Dall'altra parte, il sig. Pietro, pretendendo di essere la detta società commerciale, ha presentato avanti il tribunale di commercio della provincia di . . . altra simile dimanda con citazione di N. N. usciere in data di. . .

In tale stato l'esponente dimanda che vi piaccia, in vista dell'originale della citazione fatta a nome dell'istante e della copia di quella presentata a lui che qui annessa presenta, permettergli di far citare innanzi a voi il signor Pietro fra termini ordinari (*o abbreviati*), per regolare avanti qual tribunale le parti dovranno procedere; quindi senza tener conto della dimanda di scioglimento fatta dal signor Pietro, che dovrà dichiararsi illegittima, ordinare che le parti procedano avanti il tribunale civile di . . . sulla dimanda del supplicante, circostanze e dipendenze, Ed intanto provvisoriamente ordinare, che si sospenda ogni procedura sulle dette dimande sino a che sia deliberato sul regolamento di giudici; e voi farete giustizia.

Modello di sentenza che permette la detta citazione.

Vista la istanza presentata alla corte di . . . contenente che ec: (*Si enuncia sommariamente l'esposto*) e diretta ad ottenere dalla corte il permesso onde l'esponente possa far citare avanti di lei il signor Pietro onde sentir ordinare (*le conclusioni dell'esposto.*)

Visti parimenti l'originale e la copia delle citazioni unite alla detta istanza sottoscritta da . . . patrocinatore del ricorrente. Vista l'ordinanza di farne comunicazione al procurator generale, e le successive conclusioni del procurator generale; tutto considerato,

Quistioni — *In fatto.* Vi sono due dimande di scioglimento per la stessa società proposte separatamente in diversi tribunali? — *In dritto*, 1. Vi è luogo a regolamento di giudice? — 2. La sospensione richiesta può accordarsi?

In fatto — Attesochè esistono due dimande di

scioglimento sulla stessa società portate avanti diversi tribunali;

In dritto — 1. Vi è luogo al regolamento de' giudici, giusta l'art. 455 del cod. di proc.

2. Che non potendosi allo stato giudicare quale delle due dimande debba preferirsi, conviene soprassedere a qualunque procedimento che le concernono, fino a che sia deciso quale delle due debba proseguirsi, a norma dell'art. 456.

La corte permette al ricorrente di citare sull'oggetto del presente ricorso; e frattanto ordina che provvisoriamente sia sospesa ogni procedura innanzi al tribunale civile e di commercio della provincia di . . . sulla dimanda di scioglimento di società espressa nella cennata istanza a pena di nullità.

Modello di citazione pel regolamento della competenza.

L'anno, ec. In virtù di decisione della corte reale di . . . in data del dì . . . debitamente registrata il dì ... in ... da ... e nelle forme legali.

A richiesta del signor A . . . ec. il quale elegge domicilio presso il signor . . . patrocinatore presso la corte medesima; domiciliato . . . che procederà sulla presente dimanda.

Io N. N. usciere ec. ho citato il signor Pietro parlando a . . a comparire fra il termine di giorni otto, oltre l'aumento di un giorno per ogni quindici miglia avanti la corte reale di...ad oggetto di rispondere sulle conclusioni contenute nella istanza enunciata in detta decisione, circostanze e dipendenze, e sentire aggiudicare al richiedente le dette conclusioni. Al detto signor Pietro, parlando come sopra, ho lasciato copia tanto della detta decisione, quanto del presente atto.

Modello di decisione la quale ordina che la causa rimanga presso il tribunale adito dall'attore nel giudizio di competenza.

Si premettono le qualità:
Indi — Quistioni.

In fatto — La società contratta tra le parti di A . . . e B . . . è civile o commerciale?

In dritto — Quale de' due tribunali civile o di commercio di . . . è competente a procedere sulla dimanda di scioglimento della detta società?

In fatto — Attesochè le parti di A . . . e B . . . non sono commercianti, e che la società tra esse stipolata, poichè ha per oggetto solo di mettere in comune il loro mobiliare e le rispettive loro rendite, è puramente civile.

In dritto — Attesochè essendo detta società puramente civile, la dimanda di scioglimento deve proporsi innanzi il tribunale civile di . . .

La corte pronunziando sulla dimanda per regolamento de' giudici dalla parte di A . . . senza arrestarsi, nè aver riguardo alla dimanda di scioglimento proposta da B . . . avanti al tribunale di commercio di . . . che dichiara incompetente, ordina che le parti procedano davanti il tribunale civile di . . . sulla dimanda di scioglimento proposta da parte di A . . . condannando la parte di B . . . alle spese.

Modello di decisione la quale ordina che l'affare resti presso il tribunale adito dal convenuto nel giudizio di competenza.

Quistioni:
(*In fatto ed in dritto come sopra*)

In fatto — Attesochè le parti di A . . . e B . . . fan commercio di . . . e la loro società, avendo per oggetto di mettere in comune gli utili di questo commercio, è commerciale.

In dritto — Attesochè essendo la detta società commerciale, la dimanda per lo scioglimento dal signor Pietro proposta al tribunale di commercio, rientra nella competenza di questo tribunale.

La corte pronunziando sulla dimanda, pel giudizio di competenza da parte di A . . . senza arrestarsi, nè aver riguardo alla sua dimanda; tendente a far che le parti fossero rimandate al tribunale civile ... per ivi procedere su la dimanda di scioglimento della società . . . quale dimanda rigetta, nè alla suddetta sua citazione per scioglimento che dichiara incompetentemente proposta, ordina che le parti procedano avanti al tribunale di commercio di . . . sulla dimanda della parte di B . . . Condanna la parte di A . . . alle spese.

TITOLO XX.

Della rimessione delle cause da un tribunale ad un'altro per motivo di parentela o di affinità.

Se la legge ha potuto non avere alcun riguardo ai timori immaginari di un litigante sempre disposto ad allarmarsi, non dovea egualmente disprezzare le apprensioni le quali possono avere un fondamento ragionevole.

Indubitatamente, come diceva l'oratore del Consiglio di stato (*ediz. di Didot, pag.* 40), la maggior parte dei giudici, forse anche tutti, sono capaci di elevarsi al di sopra di ogni affezione di sangue, e di ogni considerazione di interesse di famiglia. Ma in fine la prevenzione la quale risulta dalla parentela e dall'affinità, per servirci delle giuste espressioni del nostro collega Poncet (*Trattato delle azioni, pag.* 256), è uno di quei sentimenti naturali i quali possono trascinare, anche non volendo e loro malgrado, gli uomini i più integerrimi ed i più attaccati ai propri doveri. La legge prestandosi a siffatta presunzione sulla sola considerazione della debolezza umana, ha messo il li-

tigante al coverto di ogni incertezza, autorizzando *la dimanda per la rimessione a causa di affinità o parentela*.

Dessa può essere definita, *un'eccezione declinatoria*, colla quale il tribunale che deve conoscere di una causa è *ricusato* per intero a causa della parentela o affinità di uno o di più dei suoi membri, fino al grado di cugino germano, con la parte contro la quale si oppone siffatta dimanda.

È questa, diciamo noi, *un'eccezione declinatoria*, avvegnachè tende a sottrarre la causa dalla giurisdizione del tribunale adito, ed è pure una ricusazione, perciocchè è un rifiuto di essere giudicato da questo tribunale. (*Ved. supra, tom.* 2, *pag.* 40). Ma siffatta ricusa differisce dalla ricusa propriamente detta, in quanto che *è generale*, mentre l'altra è *parziale*, e personalmente diretta contro tale o tal'altro giudice (1).

ART. 368 † 460. *La rimessione di una causa da un tribunale ad un altro può dimandarsi*, 1. *se fra i giudici di un tribunale di prima istanza vi sono due parenti o affini di alcuna delle parti fino al grado di cugino germano inclusivamente;* 2. *se fra' giudici di una corte di oppello si trovino de' parenti ed affini di una delle parti fino al detto grado;* 3. *se una delle parti essendo giudice nel tribunale di primo istanza o nella corte di appello che deve giudicare, abbia pure un parente od affine in detto grado nel detto tribunole, o due nella corte di oppello* (2).

Ordin. del 1737, tit. 1, art. 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7. — Ordin. del 1669, tit. 1 (*delle rimessioni delle cause*), art. 1, 2, 3, 4 e 5. — Ordin. di Blois, del 1579, articolo 117, e finalmente l'avviso del Consiglio di stato dei 17 marzo e 23 aprile 1807. — Cod. di P. art. 168 e seguenti.

CCVIII. Per conoscere quando può aver luogo la dimanda per la rimessione la quale forma la materia di questo titolo, bisogna considerare il grado di giurisdizione in cui trovansi le parti, ed il grado di parentela che possono avere con uno o più giudici.

Primamente è chiaro che nella giustizia di pace non vi è luogo a formare siffatta dimanda, perciocchè non avvi che un sol giudice; e quindi non si può adottare altro mezzo se non quello della ricusazione ordinaria.

È parimenti agevole conoscere che la Corte di cassazione non può giammai essere arrestata da una dimanda di rimessione, perciocchè non esiste altra giurisdizione alla quale la causa possa essere rinviata.

Siffatta dimanda non può dunque presentarsi se non davanti i tribunali di prim' istanza, nel numero dei quali van compresi quelli di commercio, e nelle corti reali.

Nei tribunali di prim'istanza, basta che una delle parti conti fra i giudici due parenti o affini, perchè il suo avversario possa dimandare la rimessione innanzi ad un' altro tribunale.

Nelle corti reali, i cui componenti sono più di quelli di un tribunale, fa mestieri che i parenti o gli affini sieno al numero di tre.

Questo numero diminuisce, ove la stessa parte sia membro del tribunale o della corte; in questo caso, perchè la dimanda di rimessione sia fondata, è sufficiente che la parte trovi in uno dei suoi colleghi un sol parente o affine, se la causa è portata davanti un tribunale di prim'istanza, e due se trovasi davanti una Corte reale.

Il grado di parentela o di affinità che rende agli occhi del legislatore un giudice sospet-

(1) È da osservarsi che il presente titolo non contiene alcuna disposizione relativa ad una dimanda di rimessione la quale, secondo la legge non abrogata del 27 vendemmiale anno 8, potrebbe ancora esser prodotta oggi giorno per causa di sospensione o di sicurezza pubblica. Noi abbiamo parlato nel lib. 2, tit. 6, del nostro *trattato delle leggi di organizzazione e di competenza*, di ciò che riguarda la competenza dei tribunali rispetto a queste dimande. In quanto al modo di procedere, ci basterà ora il dire che esso è assolutamente lo stesso di quello che deve seguirsi per le *indicazioni de' giudici* di cui abbiam parlato sopra a pag. 46.

(2) GIURISPRUDENZA

1. Allorchè per causa di sospensione legittima rinviasi una controversia ad altri giudici diversi da quelli che debbono conoscerne, se accade che costoro abbiano giudicato prima di aver avuto notizia della decisione che sottrae la causa dalla loro giurisdizione, la decisione di rimessione dee pur nondimeno ricevere la sua esecuzione, e quanto venne giudicato dalla corte o dal tribunale, a cui si è sottratta la causa, è dichiarato come non avvenuto. — (*Cassaz.* 18 *dicembre* 1812; *Sirey, tom.* 17, *pag.* 346)

2. L'art. 368 † 460 non è applicabile ad un patrocinatore chiamato per completare un tribunale, e nel quale trovasi un giudice suo parente. — (*Cassaz.* 18 *gennaio* 1808. *Sirey, tom.* 8, *pag.* 263.)

to di parzialità, è per la dimanda di rinvio lo stesso di quella per la ricusa dei giudici di prim'istanza o di appello: bisogna dunque che i giudici i quali danno luogo alla dimanda di rimessione siano almeno parenti o affini nel grado proibito dalla legge, val dire che siano almeno parenti o affini nel grado di cugini germani. Al di là di questo grado, l'azione non sarebbe ammessibile.

1336. *Si può dimandare la rimessione di un tribunale ad un' altro, allorchè vi sono giudici ricusabili per causa diversa da quella di parentela o di affinità, come per esempio, se uno di essi fosse donatario di una delle parti, o si fosse interessato per lei, o fosse stato il suo consigliere ec. ec.?*

Pigean tratta siffatta quistione, tom. 1, pag. 438 e 439, e la risolve affermativamente, fondandosi sul motivo che avvi la medesima ragione per autorizzare la rimessione in tutt' i casi in cui i giudici sono ricusabili. Ed in effetti, egli dice, la parte la quale conta fra i suoi giudici colui il quale ha preso interesse pel suo avversario, ha dei timori molto ben fondati, e forse maggiori di quelli in cui vi fossero due parenti o affini del suo avversario.

Lepage, nelle sue quistioni, pag. 200, emette una opinione assolutamente contraria a quella di Pigeau; e forse si penserà come noi, dover questa prevalere, qualora si consideri che il legislatore non avrebbe affatto riunito sotto un titolo separato un gran numero di disposizioni relative alla rimessione per parentela o affinità; che se avess'inteso autorizzare questa rimessione per tutte le cause le quali danno luogo alla ricusa, sarebbesi limitato a dichiarare esservi luogo alla rimessione ogni qual volta un giudice fosse ricusabile.

D'altronde, è forse rigorosamente vero che per tutte le cause di ricusa esistano le medesime ragioni di decidere in favore della rimessione, come per quelle le quali risultano dalla parentela o affinità? Non si ha forse particolarmente da temere, allorchè più giudici sono parenti o affini di una delle parti, che, anche quando non sollecitassero i loro colleghi in favore di essa, il desiderio di far loro cosa grata non ecciti in costoro, quasi involontariamente, una prevenzione a danno della parte avversa? Or siffatto pericolo è meno a temersi negli altri casi di ricusazione.

Da una parte un giudice parente o affine crederà trovare in siffatta qualità una scusa per coonestare le sue premure a favore del suo parente, mentre, in altri casi, non potrebbe senza arrossire addurre per pretesto quelle cause che lo renderebbero ricusabile; dall'altra, siffatte cause possono sovente essere ignorate dagli altri giudici, e la parentela o affinità ch'è notoria, è capace di produrre la prevenzione di cui abbiam parlato.

Noi aggiungeremo, col nostro stimabile collega Poncet, professore della facoltà di Dijon, nel suo Trattato delle azioni, pag. 260, che un tribunale, la cui competenza non è dubbia, non può essere privato della sua giurisdizione se non in virtù di una testuale disposizione, o per effetto di una necessità ben dimostrata.

Or, da una parte, non esiste alcuna disposizione di legge la quale estenda i casi delle dimande di rimessione a cause diverse da quelle espresse nell'art. 368; dall'altra, non avvi alcuna necessità di fornire un simile mezzo alle parti, i cui interessi sono sufficientemente messi al coverto dalla ricusa parziale, non che da'mezzi di opposizione o di appello contro la sentenza, a norma delle regole del dritto comune ec.—(*Ved. infra sull'art.* 378† 470) (1).

1337. *Ma se cause diverse da quelle della parentela o dell' affinità contro uno o più giudici non danno luogo alla dimanda di rimessione, non si possono almeno ricusare in complesso tutt' i membri di un tribunale, e per conseguenza ottenere la rimessione davanti ad un'altro?*

(1) Pertanto nella raccolta di Sirey, supplemento, tom. 7, pag. 1181, trovasi una decisione della corte di cassazione che ammette la dimanda di rimessione poggiata sull'*interesse* che uno dei giudici del tribunale avea nella causa in cui dovea giudicare, quantunque non fosse parte in giudizio. Ma è da osservarsi che questa decisione, sebbene inserita nel codice annotato di Sirey, sotto l'art. 390 † 460 del codice di procedura fu pronunziata in materia criminale. Oggidì potrebbe anche pronunziarsi la stessa decisione secondo quest' ultimo codice, il quale, come le leggi precedenti (*vedi* Bourguignon, pag. 439), ha col suo silenzio abbandonato alla coscienza della corte di cassazione la causa di rimessione; ma il codice di procedura civile si è spiegato su questo soggetto; e dall' altra parte esso ha posto nel numero de' motivi di ricusa parziale l' interesse del giudice nella causa: è dunque incontrastabile che l' arresto da noi mentovato non può applicarsi nelle cause civili.

Siffatta quistione era controversa sotto l'impero dell' antica giurisprudenza; ma l' opinione che potevasi ricusare in complesso, *in materia civile*, sembrava esser prevaluta. Oggidì, come osserva Legraverend, tom. 2, pag. 36, è risaputo che non vi è difficoltà alcuna per ricusare un tribunale in complesso, tanto in materia civile quanto in materia criminale; solamente, aggiunge egli, la ricusa in corpo è considerata come una dimanda di rimessione da un tribunale ad un' altro, per causa di sospetto legitimo; ed in questo caso debbonsi seguire le regole relative alla competenza ed alla procedura. — (*Cass.* 6 *dic.* 1808, *Sirey, tom.* 9, *pag.* 143) (1).

1338. *Si può dimandare, in un tribunale di commercio, la rimessione per causa di parentela o di affinità ?*

Che sì, per le ragioni addotte nella quist. 1321. — (*Ved d' altronde le Quist. di Lepage, pag.* 240.)

1339. *Nell' art.* 368 *trattasi forse della parentela ed affinità naturale ad un tempo e civile?*

La legge, in generale, intende parlare della parentela ed affinità naturale ad un tempo e civile, e non già della parentela ed affinità che potrebbe supporsi derivare dalla natura solamente o dall' adozione. Ed in vero di cosiffatti legami non esistono, secondo la legge civile, per rispetto ad un figlio naturale coi parenti di suo padre o di sua madre, e di un figlio adottivo con quello dell'adottante. Nulladimeno, in conseguenza di quanto abbiam stabilito nelle quistioni 1056 e 1057½, bisogna eccettuarne la parentela in linea retta, val dire del padre col figlio legalmente riconosciuto, e fra fratelli naturali benanche legalmente riconosciuti.

1340. *L' affinità che può servir di base alla rimessione cancellasi forse per lo scioglimento del matrimonio, il quale produsse la detta affinità, qualora non vi rimangano figli ?*

L' affermativa di questa quistione risulta da quello che abbiamo stabilito nelle quist. 341 e 342 tom. 1, pag. 212 e 213. —(*V. benanche la quist.* 1104.)

1341. *I supplenti del tribunale possono annoverarsi fra i giudici, per dar luogo alla dimanda di rimessione ?*

Bisogna osservare che la legge, perchè siavi luogo ad una dimanda di rimessione in un tribunale di prim' istanza, suppone in questo tribunale due *giudici* i quali sieno parenti o affini di una delle parti, oppure che la stessa parte fosse *membro* del tribunale.

Da questa differenza di parole, *giudici* e *membro* del tribunale, Demiau Crouzilhac, pag. 273, conchiude che, nella prima ipotesi, i supplenti non debbano entrare in considerazione per dar luogo alla dimanda di rimessione, atteso che non sono giudici se non accidentalmente, e per conseguenza non si può dire che fossero compresi sotto la denominazione generica di *giudici*, qualificandoli la legge, sottanto col titolo di *giudici supplenti*, o semplicemente *supplenti*. — (*Ved. in effetti gli art.* 35 *e* 41 *della legge del* 20 *aprile* 1810, *e l'art.* 118 † 212 *del Cod. di proc.*)

Per lo contrario lo stesso autore opina che, nella seconda ipotesi, val dire, allorchè un supplente è parte, siavi luogo alla dimanda di rimessione, perciocchè l' art. 368 adopera la qualificazione generica di *membro del tribunale*. Or i supplenti sono al certo membri del tribunale di prima istanza, avendo la legge organica di questi tribunali dichiarato ch' essi sono composti di *giudici* e *supplenti*. — (*Ved. la legge del* 27 *ventoso, anno* 8, *art.* 8 *e seg*)

Gli autori del Pratico, tom. 2, pag. 365, credono che in nessun caso i supplenti debbano riputarsi capaci ad autorizzare la dimanda

(1) Nondimeno, giusta quanto dicemmo sulla quistione precedente, dobbiamo osservare che questa ricusazione in complesso non può aver luogo se non nei casi di sospensione legittima di cui parlammo nel nostro *Trattato di organizzazione e di competenza*, e non già per le cause menzionate nell' art. 378 † 470 il quale si applica alla sola ricusa parziale, come fu giudicato dalla corte di Parigi con decisione del 18 marzo 1813. — (*Sirey, tom.* 13, *pag.* 325.)

Quindi crediamo malamente pronunziata una decisione della corte di Angers del 12 gennaio 1815 (*Sirey, tom.* 17. *pag.* 129) in quanto che dichiara potersi ricusare un tribunale intero; che questa ricusa può durare finchè il tribunale è composto de' medesimi giudici, e finalmente che i membri di questo tribunale hanno il dritto di opporsi alla decisione che ha ammessa la loro ricusa. Senza dubbio, se esistessero quelle cause di ricusa menzionate nell' art. 328 contro tutt' i giudici di un tribunale, non potrebbe una parte esser costretta a piatire innanzi ad essi; ma in tal caso ha dritto a dimandare la rimessione per motivo di legittima sospezione innanzi alla auotrità superiore; ed essa non può con una ricusa in corpo arrestare il corso della giustizia.

di rimessione, almeno finchè non esercitano le loro funzioni ; ma noi osserviamo che siffatta restrizione è per così dire nulla, poichè i supplenti non esercitano funzioni abituali se non nei casi rarissimi di vacanze dei posti di giudici.

Convenghiamo che le ragioni assegnate da Demiau sono di qualche importanza.

Ma non potrebbesi benanche rispondere che anche quando i supplenti non esercitano, propriamente parlando, funzioni abituali, conservano il carattere di giudici ? che , sotto un rapporto, queste medesime funzioni non sono assolutamente accidentali, poichè l'art. 41 della legge del 20 aprile 1810 accorda ad essi la facoltà di assistere a tutte le udienze , con voto consultivo, ed in caso di parità , il più antico nell' ordine di possesso avrà voto deliberativo? che se la legge li qualifica per *giudici supplenti*, o *supplenti* , si è perchè ha dovuto distinguerli *dai giudici titolari*? che se l' art. 368 fa uso, per una combinazione, della parola *giudice*, non è questa necessariamente una ragione sufficiente per non comprendere i supplenti , i quali sono veramente giudici? e finalmente se lo stesso articolo parla in seguito *dei membri* del tribunale, non l'ha fatto se non per evitare una ripetizione di parole , senza attaccarvi alcuna importanza , senza dare ad intendere che nel caso soltanto in cui servesi di questa parola *i supplenti saranno compresi* ?

Tali sono le ragioni per le quali noi crediamo non dover fare alcuna distinzione fra giudici titolari e giudici supplenti. Del resto, è a desiderarsi che la Corte suprema decida siffatta quistione, la quale è veramente importante e soggetta a controversia. — (*Ved. la quistione seguente*). (1) (*)

1342. *Dal perchè l' art. 368 parla soltanto di giudici, devesi conchiudere forse che non si possa dimandare la rimessione per parte del pubblico ministero ?*

Che no, dicono gli autori del Pratico , tom. 2, pag. 365, perciocchè il procuratore del re esercita la medesima influenza sull' animo del giudice che un giudice istesso : *ubi eadem ratio , idem jus*.

Pigeau è della stessa opinione, t. 1, p. 438; fondandosi sull' art. 381 , il quale applica al ministero pubblico le cause di ricusa che sono relative ai giudici. Or, dic' egli, la legge riconosce con questa disposizione, che la parzialità del ministero pubblico , in favore di una delle parti, è così funesta al suo avversario come quella di un giudice. Per lo che adempiesi perfettamente al voto di lei allorchè in materia di rimessione contasi il pubblico ministero per un giudice.

A siffatte ragioni potrebbesi aggiungere la disposizione dell' ordinanza del mese di agosto 1737 relativa alle rimessioni e rompetenza dei giudici. Dessa era così concepita. « Non intendiamo comprendere negli articoli precedenti , sotto il nome di uffiziali del corpo delle nostre Corti o altre compagnie se non coloro i quali vi avessero posto e voto deliberativo, *compresi i nostri avvocati e procuratori generali*. »

Ma a favore dell' opinione contraria , può benanche invocarsi il silenzio dell' art. 368 , rispetto agli agenti del ministero pubblico, ed il silenzio degli oratori del Governo e del Tribunato, sull'intenzione del legislatore di comprenderli fra i parenti o affini, membri di una Corte o di un tribunale, che possono dar luogo alla rimessione. Nè potrebbesi supporre che, all' epoca della discussione, il Consiglio di stato non avesse avuto sotto gli occhi l'ordinanza del 1669 e quella del 1737. La Corte di Agen d'altronde avea provocato una spiegazione a tal riguardo, dicendo nelle sue osservazioni sul progetto, essere verisimile che sotto il nome di giudici venisse compreso il procuratore del re.

(1) Aggiungiamo che il nostro stimabile collega Mettivier , professore della facoltà di Poitiers ha nelle sue lezioni dettata la stessa opinione.

(*) Relativamente alla presente quistione noi abbracciamo piuttosto la opinione degli autori del pratico , anzi che quella del nostro autore , non solamente perchè le ragioni da quest' ultimo ricavate dalla legge organica francese non sussistono presso di noi , ma anche perchè sembra chiaro che la disposizione dell' art. 368 † 460 è tutta speciale , ed applicasi soltanto a' giudici che compongono i tribunali. Or per gli art. 48 e 49 della nostra leg. organ. giudiz. i supplenti non van compresi fra' componenti de' tribunali civili ; ma solamente nel caso d' impedimento o di assenza di qualche giudice, coll' art. 51 della detta legge chiamasi il giudice circondario o anche il supplente a farne le veci.

Nell' emettere però questa qualunque siasi nostra opinione non dobbiamo intralasciare di dire, che ci ha qualche nostro patrio scrittore il quale ritiene che non possa un parente, ancorchè sia giudice supplente, conoscere di una causa.

Potrebbesi da ciò conchiudere, che con conoscenza di causa i compilatori della legge hanno esclusa dal Codice la disposizione dell' art. 11 dell' ordinanza del 1737; ch' essi non lo hanno voluto, non avendo considerato l' influenza del ministero pubblico eguale a quella di un giudice.

E non potrebbesi inoltre trarre argomento, contro la opinione degli autori da noi citati, dallo stesso art. 381 + 474 sul quale essi s'poggiano? Infatti essendosi il legislatore spiegato, in materia di ricusa, intorno al ministero pubblico, e non avendolo fatto nel caso dell' art. 368, non devesi piuttosto conchiudere che la parentela o l' affinità di un procuratore del re con una parte, non deve essere presa in considerazione per dar luogo alla rimessione autorizzata da quest' ultimo articolo?

Bisogna d' altronde osservare che non avvi affatto analogia fra la rimessione stabilita dall' art. 368 e la ricusazione. Questa tende ad allontanare un giudice o il ministero pubblico dai motivi di sospezione che gli sono personali, ed ha per fondamento una quantità di cause diverse dalla parentela o affinità con una delle parti. La rimessione al contrario non è stabilita se non sopra le dette due cause, e sul timore che i parenti o affini della parte non esercitassero, a di lei vantaggio, presso i loro colleghi, comunque non fossero giudici della causa, una influenza pregiudizievole alla parte avversa; influenza che l'identità delle funzioni, i rapporti intimi di colleganza che stabiliscono le deliberazioni comuni ec., sono più a temersi da parte dei giudici che da parte del ministero pubblico.

Del resto trattasi qui d'una specie d'incapacità, ed in questa materia è principio costante che non bisogna regolarsi nè per analogia, nè per induzione. L' avocazione o la rimessione reca attentato ai dritti di un intiero tribunale sopra i suoi giudicabili; sottrae sempre necessariamente e contro la sua volontà una parte ai suoi giudici naturali: la dnopo dunque su questo punto restringere piuttosto che estendere la interpetrazione della legge e rigorosamente circoscriversi fra i termini di essa.

Ecco la nostra opinione, ed è questa benanche quella di Berriat Saint-Prix, pag. 334, not. 4 e 5. A prescindere che l'art. 368 parla soltanto dei giudici, ed il magistrato ch'esercita il ministero pubblico non è giudice, Locrè, tom. 8. pag. 37 ci fa conoscere che la redazione primitiva dell'articolo fu cambiata sulla dimanda del Tribunato, affinchè non si potesse dedurne che il procuratore del re dovesse essere compreso per le rimessioni (1) (*).

1343. *L'art. 368 è forse applicabile, anche nel caso in cui il giudice, parente o affine, si trovasse appartenere ad una camera diversa da quella che deve conoscere della controversia?*

Gli autori del Pratico, tom. 2, pag. 366, credono che in questo caso, non diasi luogo se non ad una rimessione di una camera ad un altra.

Berriat Saint-Prix, pag. 324, not. 4 e 5 n. 2, risponde che le parole dell'art. 368, *fra i giudici di un tribunale*, abbracciano evidentemente i giudici di tutte le camere. Tal' è benanche l'opinione di Lepage, nelle sue Quistioni, pag. 212, e verrà senza dubbio adottata non solamente perchè la legge non fa alcuna distinzione, ma anche perchè i legami di colleganza esistono fra tutt'i membri di un tribunale, indipendentemente dalla circostanza ch' essi appartengano a tale o tal'altra camera, alla quale d'altronde non si trovano annessi se non momentaneamente.

1344. *La parte la quale ha parenti o affini nel tribunale può forse dimandare la rimessione? Un altra parte che avesse con quest' ultima interessi comuni, potrebbe almeno dimandare la rimessione a nome di costei?*

La redazione dell'art. 368, relativamente alla parte parente o affine, non lascia alcun dubbio sulla negativa della prima parte di questa quistione, giusta le parole, *allorchè una parte avrà parenti. . . L'ALTRA PARTE potrà diman-*

(1) Si osserverà senza dubbio, che se nella specie presente noi ci atteniamo rigorosamente a testo della legge, non siamo in opposizione colla soluzione data alla precedente quistione relativa ai *giudici supplenti*, poichè ci siamo fondati rispetto ad essi, sul motivo che andavano compresi sotto la denominazione generica di *giudici*.

(*) Questa quistione è molto controversa fra gli autori che scrissero sul codice di procedura civile, e noi non sapremmo positivamente a qual partito appigliarci. Ove però fossimo costretti a dire la nostra opinione, forse ci appiglieremmo a quella emessa da Pigeau, anche perchè il nostro articolo 460 mentre sul principio fa uso del vocabolo *giudici*, alla fine adopra l' altro più esteso e generico di *membro*; e la nostra legge organica giudiziaria conta nel numero degl'individui che compongono un tribunale anche il pubblico ministero.

dare la rimessione; e per una conseguenza nascente dai motivi che dettarono questa disposizione fu deciso, con sentenza del tribunale civile di Parlat, le cui ragioni vennero adottate da una decisione della Corte di Bordeaux, nell' 8 giugno 1809 (*ved. Sirey, tom.* 9 , *pag.* 298 *DD.*) che colui il quale ha interessi comuni con un altro da cui nasce la parentela o affinità, può formare la dimanda di rimessione per siffatta causa, perciocchè non può essere considerato come parte avversa.

1315. *Un garante od un'interveniente in causa possono dimandare la rimessione per causa di parentela o di affinità ?*

Che sì, dicono, in termini generali, gli autori del Pratico, tom. 2, pag. 367; ma risponde Berriat Saint-Prix, pag. 334, not. 5 e 6, oltre che colla parola *parte*, la legge non indica sufficientemente i garanti e gl' intervenienti in causa, l'ordinanza del mese di agosto 1737 , sulle rimessioni, eccetto alcuni casi, rifiuta ad essi siffatta facoltà; ed è naturale , quindi soggiunge, far servire la detta ordinanza all'interpetrazione del Codice di procedura. Tal' è benanche l'opinione di Delaporte, tom. 1 , pag. 342.

Or siffatta ordinanza, tit. 1, art. 30 , 31 e 32, dispone, relativamente alla dimanda in garentia , che se trovasi unita e confusa con la dimanda principale, in modo che formano una sola contestazione , allora colui ch' è citato in garentia può richiedere la rimessione , come può richiederla per conto proprio , perciocchè le due dimande formano un tutto indivisibile.

Ma se non avvi affatto connessione nè presunta nè formale, la rimessione non può essere provocata se non per rispetto alla dimanda in garentia , senza poter impedire che si passasse oltre alla sentenza sulla dimanda principale. — (*Ved. il nuovo Repert. alla parola* rimessione , §. 1 , *tom.* 4, pag. 799 *e* 800.)

Noi non dubitiamo che siffatte regole debbano seguirsi sotto l' impero del codice , perciocchè trovansi in armonia colle disposizioni in esso racchiuse per rispetto alla connessione o separazione delle dimande in garantia. — (*Ved. le nostre quist. sugli art.* 141 † 233 *e seg. e sopratutto quelle di Lepage, pag.* 243.)

In quanto all' intervento osserviamo che gli enunciati articoli dell' ordinanza del 1737 per rispetto all' intervento forzoso , val dire alla dimanda per la dichiarazione della sentenza comune (*ved. la quist.* 1271), prescrivono le medesime disposizioni che risguardano la garentia.

Ma l' art. 29 dispone , per ciò che riguarda l' intervento volontario , che non potrà dimandarsi la rimessione da colui il quale è intervenuto soltanto in grado di appello , nè per parte sua nè per parte dei suoi parenti o affini , purchè non siensi verificati i suoi dritti , e ch'egli o i suoi autori, non avessero potuto agire prima della sentenza sulla dimanda principale.

Laonde da questo articolo potrebbesi conchiudere che l' interveniente avrebbe in prima istanza , come le parti principali , il dritto di cui non potrebbe servirsi in appello, se non nel caso previsto da questo medesimo articolo ; ma Lepage, nelle sue Quistioni, pag. 245, non fa alcuna distinzione fra l' intervento in prima istanza , e quello in appello , ed applica in entrambi i casi le regole stabilite per la dimanda in garentia ; val dire esige , onde la dimanda di rimessione sia accolta da parte dell' interveniente o contro di lui , che sia unito nella causa, sia perchè il suo intervento non venne contraddetto, sia perchè una sentenza lo ammise dopo impugnato. Noi crediamo doversi ammettere questa distinzione, tanto in prim'istanza che in appello , poichè la controversia relativa all' intervento può spesso formare un' incidente separato dalla dimanda principale (1). — (*Ved. la quist.* 1275, pag. 12.)

(1) Ma almeno in grado di appello non si ammetterà forse l' interveniente in causa a dimandare la rimessione che dicesi menzionata nello art. 29 dell' ordinanza ? Può dirsi per l' affermativa che questa disposizione ha un motivo di utilità che sussiste sempre , quello cioè di rendere più rare le dimande di rimessione. Or la parte la quale interviene soltanto in appello , dee imputare a se stessa la colpa di non essersi resa parte in prima istanza allorchè dovea farlo : in conseguenza soltanto in considerazione di non averlo potuto , è giusto ammetterla a dimandare la rimessione in appello ec : ec : All' opposto si dirà per la negativa , che se puossi interpetrare il codice di procedura colle disposizioni dell' ordinanza da cui fu preceduto, ciò può essere soltanto nei casi in cui tali disposizioni si ricongiungono con alcuna di quelle in questo stesso codice contenute, o non tendono affatto a stabilire delle incapacità, dell' eccezioni, delle decadenze , in una parola , de' mezzi d' inammissibilità che il codice non suppone in alcun modo : donde segue che nessun arti-

1346. *Allorchè due parti litiganti nello stesso tribunale hanno parenti o affini comuni, ovvero parenti o affini che appartengono soltanto a ciascuna di esse, possono dimandare la rimessione davanti ad altri giudici?*

È certo per antica giurisprudenza, siccome, a norma di quanto abbiam detto nella quistione 1344 vale lo stesso oggidì, che non potevasi da una parte formare la dimanda di rimessione a causa dei proprî parenti o affini, ma facevasi un' eccezione pei casi in cui questi ultimi fossero nello stesso tempo parenti o affini dell' altra parte in un grado più prossimo. — (*Ved. il nuovo Repert. alla parola* rimessione, §. 1, *pag.* 799.)

Perciò stabilivasi il principio, dice Lepage, nelle sue quistioni, pag. 241, che nei casi in cui le due parti avevano in un tribunale parenti o affini nello stesso numero o nello stesso grado, non era permesso nè all'una nè all' altra di dimandare la rimessione; ma se una delle parti aveva un maggior numero di parenti o affini, oppure se essi fossero in grado più prossimo dei parenti o affini del suo avversario, davasi luogo in questo caso a dimandare la rimessione.

Niuna cosa, soggiunge il citato autore, impedisce oggigiorno di adottare quest'opinione, la quale sembra ragionevolissima; volendosi che una parte non abbia ragioni più forti dell'altra nel diffidare dell'imparzialità del tribunale.

Demiau Crouzilhac, pag. 274, dice all' opposto che la legge non spiegandosi affatto sull' attuale quistione, sembra che le circostanze che ne formano l'oggetto non sieno di ostacolo alla dimanda, poichè la condizione alla quale la legge attacca la facoltà di dimandare la rimessione verificandosi in entrambe le parti, esse hanno necessariamente l' una per rispetto all' altra il dritto di esercitare siffatta facoltà.

coto dando luogo a presumere che il legislatore abbia inteso limitare al caso espresso nell' ordinanza il dritto dell' interveniente a dimandare la rimessione in appello, non si può, senza supplire ad un decadimento, restringerlo in quei limiti.

Per queste ultime considerazioni noi adottiamo sotto tutt' i rapporti, l' opinione di Lepage relativamente a colui che interviene in causa.

Ci resta a far osservare che in tutt'i casi la dimanda di rimessione non potrebbe essere ammessa appena fosse evidente che la garentia o l'intervento sia stato concertato con una delle parti, nella mira soltanto di dar motivo alla rimessione.

Noi incliniamo ad adottare quest'ultima dottrina, atteso che l' art. 368 non ha fatta alcuna distinzione; ma come la quistione raramente può presentarsi, così ci dispensiamo di entrare nello sviluppamento delle ragioni da cui fummo persuasi. Del resto se la dimanda di rimessione non dovesse essere autorizzata in tutt' i casi, sarebbe sempre certo che potrebbonsi ricusare i giudici parenti o affini, uniformemente all'art. 378, §. 1. + 470.

ART. 369 + 461. *La rimessione della causa deve dimandarsi prima che sia cominciata la discussione di essa all' udienza, e trattandosi di causa posta in rapporto, prima che l'istruzione sia terminata, o prima che i termini siano spirati; altrimenti la dimanda non è più ricevuta.*

Ordin. del 1737, tit. 1, art. 28. — Ordin. del 1669. tit. 1, art. 19. — C. di P. art. 96, 97, 98, 99, 100, 102, 183, 343, e 382.

CCCIX. La dimanda di rimessione non è più ammissibile posteriormente alle epoche stabilite dall' art. 369, tranne se fosse fondata sopra una causa posteriore, come quando, alla vigilia della sentenza, nascesse l' affinità tra un giudice ed una delle parti.

1347. *Risulta forse dalla disposizione dell' art. 369, che in niun caso si possa avvanzare una dimanda di rimessione dopo l' epoca da questo articolo fissata?*

Dalle parole dell' art. 369 indubitatamente risulta che non si può, dopo l' epoca in esso stabilita, dimandare la rimessione per parentela o affinità a siffatta epoca esistente, anche sotto il pretesto che non si conoscevano questi legami di famiglia. L'articolo non ammette affatto quest'eccezione: la sua disposizione è assoluta.

Ma parci che la dimanda potrebb'essere ammessa dopo l' epoca di cui è quistione, se le cause sulle quali è fondata fossero ad essa posteriori: tal' è la disposizione dell'art. 382 per rispetto alla ricusazione. Esso riceve quì la sua applicazione, dice Pigeau tom. 1, pag. 439, poichè le ragioni che l' hanno dettata esistono egualmente in materia di rimessione.

Siffatta opinione, che è benanche quella di Delaporte, t. 1, pag. 338. e degli autori del comentario inserito negli Annali del notariato, tom. 2, pag. 442, è una conseguenza dell' antica giurisprudenza, la quale riteneva che una parte dichiarata succumbente in seguito di una dimanda di rimessione, era ammessa a formar-

ne una seconda per effetto della stessa causa, ove si fossero effettuite novelle parentele, novelle affinità, o sopraggiunte novelle parti. — (*Ved. nuovo Repert. ubi supra pag.* 800) (1).

1348. *Una parte condannata in contumacia può forse, sulla sua opposizione, avvanzare la dimanda di rimessione?*

Non può cadervi alcun dubbio, qualora si considera che non vi è, in caso di contumacia, alcuna difesa della parte, e che la sua opposizione, se non è valida per la forma, rimette le cose nello stato in cui erano all' epoca della citazione. Avviene quì, come per ogni altra declinatoria, che la parte contumace è sempre ammissibile ad eccepirla in seguito della sua opposizione.

ART. 370 + 462. *La dimanda di rimessione si dee proporre con un atto in cancelleria; questo atto contiene i motivi della dimanda, ed è sottoscritto dalla parte o da un suo procuratore speciale munito di mandato in forma autentica* (*).

T. 92. — Ordin. del 1637 tit. 1, art. 37. — Ordin. del 1669, tit. 1, art. 22. — *C. P. art.* 45, 353, 384, e 392.

CCCX. La dimanda di rimessione deve essere proposta con atto esibito in cancelleria del tribunale adito per la controversia (2). Questo atto contenente le ragioni e le conclusioni della parte, la quale comparisce assistita dal suo patrocinatore per chiedere la rimessione, sarà firmato da lei o da una persona munita di sua procura speciale ed autentica, ed allora la stessa resta nelle mani del cancelliere, il quale la unisce all'originale dell'atto.

1349. *Bisogna forse depositare in cancelleria una istanza contenente la dimanda di rimessione?*

Commaille, tom. 1, pag. 413 e 414 n. 236, dice che la dimanda dev'essere fatta con istanza depositata in cancelleria. Ma noi da una parte osserviamo, che l' art. 370, dicendo che la rimessione sarà *proposta con atto in cancelleria*, fa supporre che la parte o il suo procuratore debbe portarsi in cancelleria, ove il cancelliere distende l'atto che contiene la dimanda di rimessione. Da un' altra parte, la tariffa non ha tassato affatto l' istanza di cui parla Commaille, che anzi conferma quella che abbiamo stabilito, perciocchè al paragrafo 14 dell'art. 92, trovasi accordato un dritto di vacazione *pel patrocinatore che avrà assistito la parte*, non per depositare l' atto, ma per *formarvi la dimanda*.

1350. *Il cancelliere può supplire alla mancanza della firma della parte o del suo procuratore, menzionando le cause di siffatta mancanza?*

Devesi applicare quì quello che abbiamo detto molte volte, e segnatamente ella quist. 195. — (*Ved. le Quist. di Lepage, pag.* 246)

1351. *La procura debbe forse essere unita all' atto?*

Che sì, comunque l'art. 370 serba silenzio su tal riguardo.

E la ragione di ciò si è la necessità di dover verificare la firma di essa, ed assicuarsi nel bisogno che il mandatario aveva un potrere sufficiente. — (*Arg. dall'art.* 383; *ved. Delaporte tom.* 2, *pag.* 413, *Pigeau tom.* 1, *pag.* 438.)

(1) Per verità, si oppone che quelle cause esistenti anteriormente all' epoca di cui si tratta, ma che soltanto dopo potevano conoscersi dalla parte che vuol farle valere, possono servir di base a una dimanda di rimessione. Tal' è l' opiniona di Legraverend relativamente alle materie criminali, pag. 437, il quala fondasi sul motivo che in simil caso una circostanza ignota reputasi come se non avesse mai esistita. Noi persistiamo pur nondimeno nel nostro precedente parere, perchè ci sembra che la legge avendo esteso fino al cominciamento delle aringhe il termine utile per proporre questa eccezione, ha giudicato che questo spazio di tempo dovea bastare alla parte per procurarsi gli schiarimenti necessarî. D'altronde, è agevole comprendere a quale imbarazzo darebbe luogo l' ammissione e il giudizio delle pruove dell' ignoranza da cui la parte trasse argomento.

(*) Un decreto da' 20 gennaio 1839 stabilisce il metodo da serbarsi per la dimanda, istruzione a decisione della rimessione per motivi di sicurezza pubblica e di legitimo sospetto di competenza della corte suprema nella materia civili. Il metodo da esso stabilito è in generale uniforme a quello per le rimessioni a causa di parentela.

(2) Ciò appunto sembra risultare, come dice Berriat-Saint-Prix, pag. 355, nota 6, dal complesso del titolo; ma questo autora fa nello stesso tempo osservare, dietro numerose autorità, che bisognerebbe dirigersi a quel tribunale che conosce del giudizio delle competenze, se a cagion di parentela de' giudici vi fosse insufficienza di numero. — (*Vedi il trattato delle leggi di organizzazione e di competenza lib.* 2, *tit.* 6.)

ART. 371 + 463. *Dietro la spedizione dell' atto presentato al tribunale una coi documenti giustificativi della dimanda, si pronunzia sentenza nella quale si ordina;*

1. *La comunicazione di detto atto ai giudici per causa di cui si è chiesta la rimessione, perchè facciano la loro dichiarazione in calce della copia della sentenza entro un termine da fissare a quest' oggetto;*

2. *La comunicazione al ministero pubblico.*

3. *La relazione a giorno indicato da farsi da uno de' giudici che viene a tale oggetto destinato nella stessa sentenza.*

Disposizioni diverse da quelle dell' art. 26, ordin. del 1669, e 45, ordin. del 1737. — C. di P. art. 385 e seg.

1352. *Quali sono le formalità che debbono adottarsi prima di ottenere la sentenza da rendersi sulla rimessione ?*

Non vi è bisogno di notificare l' atto per ottenere la rimessione, e non si fa a tal riguardo alcuna procedura fra le parti; ma viene lo stesso presentato per mezzo del presidente, al quale il cancelliere ne rimette la copia, dopo emessa la sentenza, e senza necessità di chiamare all' udienza le parti in causa e sentirle. — (*Ved. Demiau-Crouzilhac, pag.* 275 *e lo art* 385.)

1353. *I giudici la cui parentela o affinità dà luogo alla dimanda di rimessione, possono forse intervenire nella sentenza preparatoria di cui parla l' art.* 371 *?*

Noi nol crediamo, perciocchè non sarebbe regolare che essi ordinassero una comunicazione da farsi ad essi stessi, ec. perciò mettesi qui in escuzione l' art. 49 del regolamento del 30 marzo 1808. — (*V. intanto la quist.* 1357) (*).

ART. 372 + 464. *La spedizione dell' atto di dimanda di rimessione, i documenti annessivi e la suddetta sentenza sono notificati in copia alle altre parti.*

T. 70, 92. — Ordin. del 1669, art. 22. — Ordin. del 1737; art. 37.

1354. *In qual modo ed a qual' epoca debbono farsi le notificazioni prescritte dall' art.* 372?

Siffatte notificazioni fannosi con atto di patrocinatore a patrocinatore, prima della comunicazione ai giudici parenti o affini.

1355. *In qual modo si fanno ai giudici le comunicazioni prescritte dalla sentenza preparatoria ?*

Desse si fanno per l' organo della cancelleria, val dire senza notificazione, e mediante il deposito che si fa dei documenti da comunicarsi.

1356 *Le parti avverse a quelle che dimandano la rimessione, possono forse impugnare siffatta dimanda ?*

Esse possono opporsi alla rimessione con un' istanza alla quale l' attore può rispondere con un' altra. — (*Ved. la tariffa, art.* 75.)

ART. 373 + 465. *Qualora i motivi della chiesta rimessione sono giustificati od accordati, se si tratta di un tribunale di prima istanza, la causa si rimette ad un altro de' tribunali compresi nella giurisdizione della medesima corte di appello. Se si tratta di una causa vertente avanti una corte di appello, la causa si rimette ad una delle corti di appello più vicine.*

T. 75.

CCCXI. Allorchè i giudici han dato la loro risposta in piede della spedizione, o quando sono decorsi i termini per darla, il ministero pubblico ed il relatore nominato, ricevono a tempo proprio la comunicazione dei documenti (1). Finalmente nel giorno dell' udienza fissata dalla sentenza preparatoria, le parti propongono le loro difese, ed il tribunale emette la sua sentenza definitiva, colla quale accoglie o rigetta la dimanda di rimessione.

(*) Presso di noi non esiste a tal proposito alcun particolare regolamento; e sebbene dall' insieme del presente titolo XX sembra risultare che il tribunale il quale deve giudicare debba conoscere della rimessione, pure non sarebbe ragionevole ammettere che i giudici la cui parentela o affinità dà luogo alla dimanda di rinvio possano concorrere nella sentenza, sia interlocutoria sia definitiva, su tale dimanda. Sembra adunque che debba aversi per norma il decreto citato nella nota precedente, pag. 57, ovvero chiamare i supplenti per l'esame dell' incidente.

(1) La parte contro di cui vien fatta la dimanda di rimessione può mettere molta importanza a ritenere i giudici. Perciò l' art. 75 della tariffa l' autorizza a notificare i suoi motivi con una istanza cui l' avversario può rispondere. L' istanza e la risposta, quando è stata notificata, sono riunite alla comunicazione fatta al pubblico ministero ed al giudice commessario.

Allorchè la dimanda viene accolta, il tribunale rinvia colla sua sentenza le parti e la causa davanti un tribunale eguale nel grado di giurisdizione.

1357. *Puossi giustificare la dimanda di rimessione colla prova testimoniale?*

Demiau-Crouzilhac, pag. 276, cita molte ordinanze dalle quali la stessa era autorizzata. Pigeau, tom. 1, pag. 441, crede al contrario ch'essa non possa esser ammessa se non quando vi è un principio di prova per iscritto; ma nella mancanza di una disposizione precisa del codice, noi saremmo inclinati a credere che fosse permesso di applicare per analogia la disposizione dell'art. 389+482 relativa alle ricusazioni, e per conseguenza il tribunale sarebbe libero di rigettare la dimanda di rimessione sulla semplice dichiarazione dei giudici, o di ordinare la prova testimoniale.

1358. *Se i giudici relativamente ai quali si è avvanzata la dimanda di rimessione confessano la loro parentela o affinità, possono forse intervenire nella sentenza che ordina la rimessione?*

Avendo detto nella quistione 1353, che non crediamo potere i giudici intervenire nelle sentenze preparatorie di cui parla l' art. 371, a maggior ragione non possono pronunziare sulla dimanda stessa di rimessione. Intanto la corte di appello di Colmar, con decisione del 29 dicembre 1810 (*ved. il giornale dei patrocinatori, tom.*3, *pag.*237) giudicò che, nel caso in cui molti giudici dichiarano non poter conoscere di una causa sul motivo di parentela con le parti, tal che il tribunale non possa completarsi, siffatto tribunale è sempre competente per ordinare egli stesso la rimessione davanti al tribunale vicino. Questa corte si è fondata sulla ragione che gli art. 373 e 375 del Codice vogliono, il primo, che qualora le cause di rimessione sono confessate o giustificate, siffatta rimessione sia fatta ad uno degli altri tribunali dipendenti dalla stessa Corte; il secondo, che se non vi è appello, oppure l'appellante sia dichiarato succumbente, bisogna introdurre il giudizio, con una semplice citazione, davanti al tribunale che deve prenderne conoscenza, ec.: donde ne seguirebbe, a norma dell' enunciata decisione, che quando non rimangono molti giudici per conoscere della causa, il tribunale tal quale trovasi composto al momento in cui essa è portata all'udienza, sarebbe competente per ordinare la rimessione.

Sembraci però, del pari che a Berriat-Saint-Prix, pag. 335, nota 6, e Demiau Crouzilhac, pag. 278, che siffatta decisione non possa essere adottata, a norma dei diversi arresti della Corte di cassazione, che noi abbiamo avuto occasione di citare sotto il titolo della competenza dei giudici, e soprattutto a norma di quello del 17 marzo 1807, riportato dal Sirey, tom. 7, parte 2. p. 510.

Laonde bisogna ricorrere per la *indicazione dei giudici* nel modo proposto nella pag. 41, nota 4.

ART.374 + 466. *La parte soccumbente nella istanza di rimessione di causa da un tribunale ad un altro, deve condannarsi ad una multa non minore di cinquanta franchi, oltre de'danni ed interessi verso la parte, quando vi sia luogo.*

Ordin. del 1669, art. 35. — Ordin. del 1737, art. 79. — C. di P., art. 128, 390, 1029.

2359. *L' applicazione dell' art. 374 è forse facoltativa?*

È *forzata* relativamente alla multa, perciocchè è a vantaggio del fisco, ed altronde le espressioni della legge a tal proposito sono imperative: è però facoltativa rispetto ai danni ed interessi, poichè l'articolo dichiara pronunziarsi la condanna, se siavi luogo. Bisogna osservare inoltre che un tribunale non può accordare i danni ed interessi se non quando vengano *dimandati*, non potendo pronunziare di ufficio una condanna che appartiene soltanto all'interesse puramente privato delle parti.

ART. 375 + 467. *Accordata la rimessione, se non vi è appello, o se l'appellante succumbe, la contestazione si porta in forza di una semplice citazione innanzi al tribunale a cui la causa è stata rimessa, e la procedura continua sugli ultimi atti della medesima.*

Ordin. del 1669; art. 46. — Ordin. del 1737, art. 92. — C. di Pr., art. 373.

CCCXII. Allorchè la sentenza pronunziata sopra una dimanda di rimessione non è impugnata mediante appello, oppure l' appellante succumbe, nulla impedisce procedere per la esecuzione.

A tal' effetto la parte più diligente la noti-

fica all' altra parte, secondo la regola la quale non permette di eseguire una sentenza non notificata.

Qualora la sentenza accordi la rimessione, si fa la notificazione della stessa alla persona o al domicilio, con semplice intimazione a comparire davanti la Corte o il tribunale indicato per conoscere della dimanda principale. Su questa intimazione, la quale non ha bisogno di essere motivata, la procedura non ricominciasi, ma riattaccasi agli ultimi suoi atti.

Se la rimessione è rigettata, notificasi semplicemente la sentenza con atto di patrocinatore a patrocinatore, con citazione di obbedirvi, val dire di proseguire davanti i medesimi giudici la incominciata procedura.

1360. *La citazione prescritta dall'art.* 375, *deve forse rilasciarsi al domicilio reale delle parti, oppure o quello dei loro patrocinatori?*

Siffatta citazione, secondo Hautefeuille, pag. 199, dovrebbe farsi al domicilio del patrocinatore; ma Lepage, nelle sue Quistioni, pag. 247 e 248, crede al contrario doversi rilasciare al domicilio reale.

Può dirsi in sostegno della opinione di Hautefeuille, che la citazione in parola non è se non una continuazione di procedura, avvegnachè la causa è giudicata nel tribunale indicato dalla sentenza di rimessione sugli ultimi *atti del procedimento*, val dire che si riassume dall' epoca dell' ultimo atto eseguito davanti i giudici che prima conoscevano della causa: donde siegue che la citazione può farsi ai patrocinatori in casa dei quali le parti hanno il domicilio di dritto per tutto ciò che riflette la causa.

Lepage oppone, che per principio generale tutte le citazioni si fanno alla persona o al domicilio; nè avvi altra eccezione se non quella formalmente dalla legge pronunciata, come fece, per esempio, nella specie dell' art. 365. (*Ved. le nostre quist. su quest' art.*) Or dessa non si espresse nello stesso modo dell'art. 372, e non puossi estendere un'eccezione da un caso all' altro, precisamente quando, come nel caso attuale, la specie differisce essenzialmente, e le ragioni di decidere non possono essere le stesse.

Del resto, sebbene la citazione fatta in virtù di una sentenza di rimessione avesse per oggetto di continuare la procedura dagli ultimi atti della causa, è sempre necessario che le parti costituiscano nel novello tribunale i loro patrocinatori ai quali debbono dare delle facoltà più o meno estese risguardanti il merito della controversia; e poichè le parti soltanto possono adempire a siffatta obbligazione, bisogna dunque che sieno citate personalmente o nel domicilio reale.

Noi pensiamo che siffatte ragioni debbano vincere quelle da noi allegate in favore del sentimento di Hautefeuille; e crediamo che almeno per prudenza bisogna seguire l'opinione di Lepage.

Art. 376 † 468. *In ogni caso l' appellazione dalla sentenza di rinvio produce effetto sospensivo.*

C. di P. art. 392, 393, 394, 395, 457.

CCCXIII. Ogni sentenza colla quale un tribunale di prima istanza ha giudicato sopra una dimanda di rimessione, è soggetta ad appello, sia che accordi o rigetti la rimessione, sia che la causa principale dev'esser giudicata in ultima istanza o è suscettibile di appello, poichè, come abbiam detto, trattasi qui di una vera ricusazione esercitata contro un tribunale intero.

La legge in questo articolo prescrive, che in tutt' i casi siffatto appello sarà sospensivo: sarebbe dunque inutile che il tribunale avesse ordinato la esecuzione provvisionale della sua sentenza; poichè tale disposizione resterebbe senz'effetto, e la procedura sulla dimanda principale continuerebbe a rimaner sospesa fino a che non pronunziasse la Corte reale.

1361. *Dove bisogna produrre appello dalla sentenza con cui la causa fu rimessa da un tribunale di prim' istanza ad un altro tribunale compreso nello giurisdizione della stessa Corte reale?*

Producesi innanzi alla detta Corte, in conseguenza degli art. 375 e 376.

1362. *Allorchè la rimessione è pronunziata da una Corte reale, avvi luogo a ricorso per cassazione, ed il ricorso, in questo caso, è forse sospensivo?*

Il Codice di procedura lascia tali quistioni indecise. Nulladimeno noi pensiamo con Jourdain (*Cod. di compet. t.* 2, *pag.* 253) non esservi luogo in questo caso, più che in ogni altro, di dubitare dell' effetto del ricorso, allorchè d' altronde abbiasi dritto a produrlo.

Relativamente all' effetto sospensivo, la regola generale è che le dimande in cassazione non sospendono l' esecuzione delle decisioni. Quindi, per fare eccezione a siffatta regola, bisognerebbe che una legge l' avesse consacrata.

È vero che l' art 376 attribuisce l' effetto sospensivo all'appello della senienza di rimessione, ma non trovasi una simile disposizione relativamente al ricorso.

ART. 377 † 469. *Le disposizioni contenute negli art.* 392 † 485, 393 † 486, 394 † 487 *e* 395 † 488 *del titolo seguente sono applicabili al suddetto appello.*

Modello di dimanda di rimessione.

È comparso nella cancelleria del tribunal civile di. . . . il signor Pietro proprietario dimorante in . . . strada . . . assistito dal signor A . . . suo patrocinatore; il quale ha dichiarato che con citazione di N. N. usciere presso il tribunale . . . registrato il dì . . . è stato chiamato innanzi questo tribunale dal signor Filippo, proprietario similmente dimorante in. . . strada. . . per sentirsi condannare a pagargli la somma di mille ducati, valuta di un biglietto che detto signor Filippo pretende essere stato sottoscritto in suo favore dal comparente; che i signori membri del tribunale, essendo cugini germani del sudetto signor Filippo, la causa dev' esser rimessa ad altro tribunale, giusta l'art. 460 del codice di proc. civile.

In conseguenza il signor Pietro ha richiesto atto di aver dimandato che la contestazione pendente innanzi al tribunale tra lui e il signor Paolo sia rimessa ad altro tribunale di prima istanza. Della quale dichiarazione abbiamo formato il presente atto, ed hanno i suddetti signor Pietro ed il signor A. . . suo patrocinatore, firmato con noi . . . cancelliere ec.

Modello di sentenza che ordina la comunicazione e la relazione della dimanda di rimessione.

Il tribunale civile di . . . ha emessa la seguente sentenza.

Veduta, 1. la copia dell' atto ricevuto nella cancelleria del tribunale a dì . . . col quale il signor Pietro ha chiesto la rimessione a un'altro tribunale, dalla dimanda formato contro di lui in questo tribunale ad istanza del signor Filippo, in virtù di atto del dì . . . . pel pagamento di ducati mille, valuta di un biglietto; 2. e la predetta dimanda di rimessione, fondata sul motivo che i signori membri del tribunale sono parenti del detto signor Filippo in grado di cugino germano;

Il tribunale considerando, che ai termini dell'articolo 460 del cod. di proc. la parentela di una parte, in grado di cucino germano, con due giudici del tribunale di prima istanza, autorizza la rimessione della causa ad un' altro tribunale di prima istanza; e che perciò la detta dimanda è ammessibile, nè ha più bisogno di essere verificata;

Ordina che l'atto suddetto, i documenti e la copia della presente sentenza vengano comunicati a' signori . . . perchè fra il termine di . . . . opponga ciascuno la loro dichiarazione appiè della suddetta copia, per comunicare il tutto al procuratore del re, e deliberarsi all' udienza del dì . . . sulla relazione del signor . . . delegato a tale effetto.

Modello di notificazione dell' atto di rimessione e della sentenza che ne ordina la comunicazione.

Ad istanza del signor Pietro. . .

S' intima e dà copia ai signor. . . patrocinatore del signor Filippo.

1. Della spedizione dell'atto fatto in cancelleria il dì . . . registrato ec. . . dal signor Pietro, tendente a far rimettere ad altro tribunale, per motivo di parentela, la causa pendente tra essi signori Pietro e Filippo;

2. Della sentenza del tribunale . . . del dì . . . registrato in . . . ec. la quale ordina la comunicazione e'l rapporto del detto atto di rimessione, conformemente all' art. 463 del codice di procedura.

Affinchè il detto signor Filippo non ignori ec.

Modello d' istanza di opposizione alla dimanda di rimessione.

Ai signori presidente e giudici del tribunale di..., Filippo proprietario in . . . attore in principale, e convenuto nella dimanda di rimessione ad altro tribunale, della causa pendente tra lui e 'l signor Pietro, quale dimanda fu fatta in cancelleria con atto del giorno. . .

Contro il signor Pietro, convenuto principale ed attore per la rimessione.

Espone che la detta dimanda debb'essere rigettata (*si espongono i fatti ed i motivi*).

In tali circostanze esso Filippo conchiude, che senz' aver riguardo alla enunciata dimanda di rimessione, fatta dal signor Pietro, la quale deve puramente e semplicemente dichiararsi inammessibile, ed in qualunque caso rigettarsi, si proceda alla decisione diffinitiva, condannarsi il detto Signor Pietro ai danni ed interessi verso il signor Filippo per lo pregiudizio che gli arreca il ritardo della decisione della lite per effetto di tale dimanda; ed alle spese dell' incidente.

Modello di sentenza che accorda la rimessione.

Il tribunale civile di. . . ha emessa la seguente sentenza tra il Signor Pietro proprietario dimorante in . . . rappresentato dal Signor. . . suo patrocinatore da una parte;

E il signor Filippo proprietario dimorante in... rappresentato dal Signor... suo patrocinatore dall' altra;

In fatto.

Con atto di N. N. usciere presso il tribunale,.. registrato . . . il Signor Pietro ha citato il signor Filippo . . . a comparire innanzi al tribunale, per sentirsi condannare a pagargli la somma di ducati mille, valuta di un biglietto sotto firma privata, in data del dì . . . registrato in Parigi nel . . . che il detto Pietro pretende essere stato sottoscritto in suo favore da Filippo. Quest' ultimo pretendendo che i signori . . . e . . . giudici del tribunale sieno cugini germani del signor Pietro, ha dimandato con atto ricevuto nella cancelleria del tribunale il dì . . . la rimessione della causa ad altro tribunale civile.

In vista di quest' atto con sentenza del dì . . : il tribunale ha dichiarato ammessibile la causa di rimessione del Signor Pietro . . . in conseguenza ha ordinato che la copia delle dichiarazione pel rinvio, i documenti giustificativi, e la copia della sentenza sieno comunicati tanto ai signori . . . per apporre la loro dichiarazione a piè della sentenza suddetta nel termine di . . . quanto al procuratore del re, per deliberarsi all' udienza di questo giorno sulla relazione del signor . . . . a tal uopo delegato. Tutt' i documenti di cui si è fatta menzione, sono stati notificati al patrocinatore del signor Filippo il dì ... e comunicati ai sig. . . . i quali hanno dichiarato appiè della copia della suddetta sentenza che erano cugini germani del signor Filippo.

Quistione.

La parentela del signor Filippo co' signori Giacomo e Giovanni, giudici del tribunale è ella provata ?

Considerando che a' termini dell' art. 453 del cod. di proc. civ. risultano provati i motivi della dimanda di rimessione, quando vengano confessati dai giudici cui riguardano; che i signori ... e . . . hanno riconosciuto appiè della copia della sentenza che ha dichiarata ammessibile la causa della remissione di essere cugini germani di detto signor Filippo;

Il tribunale rimette la causa di cui si tratta innanzi al tribunale civile di . . . ; riservate le spese.

Modello di citazione per procedere avanti il tribunale a cui è stata rimessa la causa.

L' anno ec. Ad istanza del signor Pietro ec. ho citato il signor Filippo ec. a comparire ec. per sentir ordinare, che essendosi con sentenza del tribunale di . . . registrata ec. rimessa al tribunale di . . . la dimanda di pagamento di duc. 1000 intentata dal detto signor Pietro contro il detto signor Filippo, si procederà innanzi lo stesso tribunale in continuazione degli ultimi atti; e quindi, che saranno aggiudicate al signor Pietro le sue conclusioni esposte in detta dimanda, consistenti (*si ripetono le conclusioni prese innanzi al primo tribunale*). Al quale signor Filippo ho consegnato copia ec. tanto dell' enunciata sentenza di rimessione, quanto del presente.

TITOLO XXI.

Della ricusazione (PARZIALE) *de' giudici* (1).

La *ricusazione* è una eccezione colla quale una parte *rifiuta* di aver per giudice uno o più membri del tribunale adito nella causa.

Questa eccezione piazzasi naturalmente nelle eccezioni declinatorie, perciocchè ricusando un magistrato, si *evita* di sottomettersi alla sua autorità.

Siccome giustamente osserva Poncet, Trattato delle azioni, pag. 262, la ricusazione fu in primo luogo introdotta nell' interesse personale della parte ricusante; ma necessariamente influisce sopra altri interessi, e tende a compromettere quello della parte avversa, privandola di uno o più giudici, nei quali essa poteva avere una particolare fiducia. Vi si trova benanche indirettamente impegnato l' interesse pubblico, avendo per necessaria base un motivo più o meno ingiurioso alla magistratura. E finalmente il giudice ricusato può essere anche particolarmente interessato ad ottenere la riparazione dell' ingiusta ricusazione contro di lui provocata.

Da ciò originano le principali regole contenute nel codice di procedura in fatto di ricusazione, il cui scopo è di conciliare tali diversi interessi.

ART. 378† 470. *Qualunque giudice* (2) *può essere ricusato pe' seguenti motivi* :

1. *Se è parente o affine alle parti o di una di esse fino al grado di cugino figlio di cugino germano inclusivamente* ;

(1) Vedi *sopra*, lib. 1, delle giustizie di pace, tit. 8, tom. 1, ed il titolo precedente n. 1336, 1337, e 1357; vedi anche le osservazioni fatte *sopra* a pag. 40 e 49.

(2) *Ogni giudice*. Per queste parola *giudice*, non bisogna intendere soltanto i membri ordinari di un tribunale; ma eziandio i supplenti, gli avvocati ed i patrocinatori, allorchè sono chiamati a conoscere di una causa, sia in surrogazione de' giudici, sia per dirimere una parità. Il pubblico ministero è ugualmente ricusabile. (*Vedi l'art.* 381†474); ma non l' è il cancelliere. — (*Vedi la decis. di Rennes*, n. 519).

2. *Se la moglie del giudice è parente o affine di una delle parti, o se il giudice è parente o affine della moglie di una delle parti, ne' gradi sopra indicati, semprechè la moglie sia ancora vivente, o ch' essendo defunta abbia lasciata prole superstite. Anche nel caso che sia morta senza prole, il suocero, il genero ed i cognati possono essere ricusati.*

La disposizione relativa alla moglie defunta è applicabile anche alla donna divorziata, quando esistono figli del disciolto matrimonio (3);

3. *Se il giudice, sua moglie, i loro ascendenti e discendenti o affini nella stessa linea hanno una controversia eguale a quella che si agita fra le parti;*

4. *Se sia pendente una causa in loro nome in un tribunale in cui sia giudice una delle parti; se il giudice è creditore o debitore di una delle parti;*

5. *Se nel decorso di cinque anni precedenti alla ricusazione abbia avuto luogo un processo criminale fra loro ed alcuna delle parti, o il conjuge o parenti ed affini in linea retta;*

6. *Se vi ha processo civile fra il giudice, sua moglie, i loro ascendenti e discendenti o affini nella stessa linea ad una delle parti, qualora però la causa sia stata intentata dalla parte prima della introduzione della lite, nel corso della quale si allega il sospetto, o pure si trattasse di causa che sebbene già terminata, fosse ciò seguito entro il semestre precedente all' allegazione di sospetto;*

7. *Se il giudice è tutore, tutor surrogato o curatore, erede presuntivo o donatario, padrone o commensale di una delle parti; se è amministratore di qualche stabilimento, società o direzione, che sia parte in causa; o se una delle parti è suo erede presuntivo;*

8. *Se il giudice ha consultato, aringato o scritto nell' affare; se ha precedentemente conosciuto della contestazione come giudice o come arbitro; se ha sollecitato o raccomandato o somministrato denaro per le spese della causa; se in essa ha deposto come testimone; se dopo cominciata la procedura ha mangiato o bevuto con una delle parti nella loro casa di abitazione, o se ha ricevuto da una di esse qualche dono;*

9. *Se vi è capitale inimicizia fra il giudice ed una delle parti: se dopo l'introduzione della causa, o entro sei mesi anteriori all'allegazione di sospetto, abbia egli insultato, ingiuriato, o minacciato alcuna delle parti o verbalmente o in iscritto* (1) (*).

Ordinanza del 1667, tit 24, art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, e 12 — C. di P. art. 14, 197, 363 e seg. 514, 1014.

Oltre alla ricusazione per cause determinate, che formava l' oggetto di un titolo nella

(3) È noto che il divorzio è abolito; ma questa disposizione applicasi alle mogli anteriormente divorziate.

(1) GIURISPRUDENZA.

1. Il figlio naturale o adulterino della moglie, è affine del di lei marito. — (*Cassaz. 6 aprile* 1809; *Sirey, tom.* 9, *pag.* 136 *e sopra quist.* 1468).

2. L'affinità tra un giudice ed un difensore di una delle parti, non può costituire per la parte avversa un motivo di ricusa. —(*Cassaz.* 12 *giugno* 1809; *Sirey, tom.* 14, *pag.* 89).

3. In un giudizio che interessa un comune la legge non ammette come causa di ricusa la circostanza che i giudici chiamati a conoscerne sono abitanti del comune, se essi non figurino nella causa come amministratori o in loro nome personale. — (*Cassaz.* 4 *luglio* 1816; *Sirey, tom.* 16, *pag.* 386; *Berriat-Saint-Prix, pag.* 328, *nota* 16).

(*) Quest' articolo è quasi perfettamente simile all'art. 470 delle nostre leggi di procedura civile; se non che dal numero 8 dell' articolo francese, il nostro legislatore distacca i casi d' inimicizia capitale, insulti, ingiurie, minacce, e ne forma una particolare disposizione nel numero 11.

Dippiù il codice francese non prevede il caso in cui un consanguineo o affine del giudice difenda una delle parti in giudizio; che anzi elevatasi su di ciò quistione se presentandosi questo caso costituisse un motivo di ricusazione, fu risoluto negativamente: il nostro legislatore però, e con molta ragione, aggiunse un' altro numero per indicare questo caso di sospesione.

» Se il consanguineo o affine del giudice fino » al quarto grado inclusivamente faccia da avvo» cato o patrocinatore nella causa in cui dovreb» be il giudice conoscere, purchè non sia stato » chiamato alla difesa dopo di essersi introdotto » il giudizio; nel qual caso dovrà il consangui» neo o l' affine astenersi dalla difesa. »

E nel num. 10 prescrisse, il che manca pure nell' articolo francese. « Se il consanguineo o af» fine del giudice fino al quarto grado sopraddetto » sia avvocato o patrocinatore ordinario di una

ordinanza del 1667, noi conosciamo, prima del codice di procedura, un' altra specie di ricusazione denominata *perentoria*, presa in prestito dall' antico dritto romano da una legge dei 23 vendemiale anno 4. La ricusazione perentoria facevasi con una semplice dichiarazione in cancelleria senza dedurre alcun motivo; ma ciascuna parte poteva ricusare un giudice soltanto.

Abbenchè la ricusazione perentoria avesse ancora alcuni partigiani, si è creduto troppo facile poterne abusare perchè avesse meritata di esser conservata.

Laonde ciascuna parte che vuol ricusare deve adesso, come prima della legge de' 24 vendemmiale anno 4, addurre le ragioni o le cause legittime di ricusazione.

La legge, scrupolosa nel cedere alle giuste apprensioni, senza però abbandonarsi alle cieche passioni, non che all' immaginario timore delle parti, ha cercato di annoverare le cause che possono dar luogo alla ricusa, nei tribunali inferiori e nelle Corti.

Ordinando tali cause in nove classi, ha dichiarato che ogni giudice poteva esser ricusato.

Ha presentato una serie dei casi in cui ha stabilito, contro al giudice, la presunzione legale di parzialità, la quale può servire di fondamento alla ricusa. Gli è agevole scorgere, leggendo l'articolo, che tutte siffatte cause riduconsi a quattro motivi principali, che sono l' interesse, l'affezione, l'odio o la prevenzione del giudice.

Se non può udirsi alcun testimone nella propria causa, a maggior ragione non deve alcun giudice pronunziare tra il suo interesse e quello di un terzo: *Nemo jus sibi dicere debet*. Ecco perchè il giudice addiviene ricusabile, anche quando abbia un' interesse lontano o indiretto alla decisione della causa. Quelli indicati dalla legge come interessati, sono l' erede presuntivo o il donatario delle parti, o di una di esse; colui che ha una controversia eguale a quella che si agita fra le parti; quegli che riceve un dono da una delle parti, o che ritrovi in essa il suo giudice, il suo creditore o il suo debitore.

L' affezione può parimenti far deviare la ragione del giudice, poichè quasi sempre i moti del cuore impediscono le operazioni della sentenza. E siccome l'affezione è un sentimento naturale in un tutore, amministratore, commensale, padrone, essa addiviene, nei giudici investiti di una di tali qualità, una causa di ricusazione. Vale lo stesso pe' legami di parentela o di affinità, allorchè i gradi non sono ancora troppo lontani. Per altro bisogna su questo punto osservare colla legge, che la causa di ricusa esiste soltanto fra le parti ed i giudici che sono uniti da siffatti legami, senza estendersi fino alle persone che rappresantano semplicemente una parte. Laonde se il giudice è parente del tutore, del curatore, dell'amministratore o del mandatario di una delle parti, non vi ha luogo a ricusa, laddove i detti tutori, curatori, amministratori o mandatari, non abbiano nella causa un interesse distinto e personale.

Che se l' interesse e l'affezione impedisce al giudice di veder con esattezza, e bilanciare con imparzialità i mezzi di difesa di una causa, l' odio, questa passione che padroneggia l'uomo e snatura ai suoi occhi i rapporti i più semplici come i più evidenti fatti, non è per lui un' ostacolo meno difficile a sormontare; ed è perciò che tutto quello che, per parte del giudice, svela una inimicizia capitale ovvero una semplice contrarietà, delle aggressioni, delle ingiurie o minacce, un giudizio criminale di cui non puossi ancora scancellare la memoria, un giudizio civile pendente o recentemente terminato, vanno annoverati nella categoria delle cause di ricusa.

Ma di tutti gli ostacoli che possono impedire alla verità di giungere alla coscienza del giudice, il più pericoloso e il più difficile a sormontarsi è senza dubbio la prevenzione. Un integro magistrato può mettersi in guardia contro le seduzioni del suo interesse, contro le inclinazioni della propria affezione, contro le tentazioni dell' odio, laddove il giudice prevenuto all'indarno consulterà la ragione ed i suoi lumi; insensibilmente diretto dal suo amor proprio, tutt' i suoi sforzi non tende-

» delle parti con onorario fisso costituitogli prima
» che il giudizio sia stato introdotto. »

Riportiamo finalmente anche il num. 11 il quale, come sopra abbiam detto, è fuso nel num. 2 dell' articolo francese « Se passi capitale inimicizia tra » il giudice ed una delle parti; se finalmente il » giudice abbia insultata, ingiuriata o minacciata » una delle parti, o a voce o in iscritto, dopo » l' introduzione della causa, o nei sei mesi anteriori alla ricusazione proposta. »

ranno che a fornirgli delle armi per accreditare e difendere l'errore in cui da principio sarà incorso: epperò ragionevolmente la legge ha piazzato nel novero de' giudici ricusabili, quello che avrà anticipatamente fatto conoscere la sua opinione, sia come consulente, avvocato, patrocinatore, sia come giudice o come arbitro; ovvero avrà sollecitata o raccomandata la causa, o deposto come testimone, o sborsato denaro per le spese degli atti ec. ec.

L'ordinanza del 1667, dopo di avere enumerato la maggior parte delle cause di ricusa da noi riportate, aggiungeva: « Senza escludere gli altri motivi di fatto e di dritto, pei quali un giudice potrebbe essere validamente ricusato. »

Questa disposizione troppo generica aveva impegnato la maggior parte degli scrittori a rintracciare quali fossero i motivi di fatto e di dritto che autorizzano a ricusare un giudice, quantunque non indicati nell' ordinanza. I compilatori del codice, consultando l'esperienza, han procurato di prevedere e fissare tutt'i casi in cui può aver luogo la ricusa; ed è perciò che non han creduto dover conservare la citata disposizione. (*Ved. la seg. quistione.*)

QUISTIONI SULL' INSIEME DELL' ARTICOLO.

1363. *Le cause di ricusazione pei giudici possono ammettersi come cause di ripulsa contro ai testimoni?*

Pigeau, tom. 1. pag. 268, sostiene potersi adottare per principio che le cause di ricusa contro ai giudici sono cause di ripulsa contro ai testimoni, ogni qual volta non esista una particolare ragione per decidere altrimenti.

Ma bisogna riflettere che se il legislatore ha esteso le cause di ricusa pei giudici al di là dei casi in cui l'art. 283 ✝ 377 autorizza a ripulsare i testimoni, si è perchè, come fu ritenuto da tutti gli scrittori, è più facile rimpiazzare i giudici, che supplire ai testimoni. Epperò non crediamo doversi ritener per principio che i motivi di ricusa sieno di pieno dritto motivi di ripulsa, ma opiniamo doversi applicare al caso in cui si opponessero contro un testimone alcuni di quelli che dan luogo a ricusare un giudice, senza che fossero stati menzionati nell' art. 283, il che appunto abbiam detto sulla quistione 1101, vol. 2. pag. 215.

1364. *Le cause di ricusazione indicate nell' articolo in esame sono le sole che possono opporsi?*

Sulla presente quistione sono discordi gli autori; alcuni, e fra questi Lepage, nelle sue Quist., pag. 251, e Demiau Crouzilhac, pag. 279, avvisano che la giustizia esige ammettersi le cause di ricusa diverse da quelle enunciate nel Codice, ogni qual volta fossero di natura tale da far concepire giusti timori di parzialità; altri all' opposto, come Thomines, pag. 167, e Hautefeuille, pag. 200, sostengono non potersi andare al di là delle disposizioni dell'art. 378. Non vi ha, essi dicono, nulla di arbitrario in materia di ricusa di GIUDICI; la legge indica *tutti i motivi ed i* SOLI *motivi di ricusa.*

Quest'ultima opinione fu consacrata da una decisione della corte di appello d'Agen, de'28 agosto 1809, riportata nel giornale de' patrocinatori, tom. 1. pag. 257, e sembraci uniforme allo spirito del legislatore, il quale non ha enumerato le cause di ricusa se non se ad oggetto di prevenire le accuse la cui decisione sarebbe abbandonata all' arbitrio, e che d'altronde, obbligando il giudice a ricusarsi da se stesso per delicatezza, potrebbero in conchiusione produrre l'inconveniente di dare ad una parte la facoltà di allontanare, con semplici assertive senza fondamento, un magistrato da cui non si avesse in realtà a temere se non la integrità e la giustizia.

Ed appunto per prevenire un siffatto inconveniente, ed anche perchè era ingiurioso alla magistratura di lasciar fondare un sospetto sopra un giudice ricusato senza motivi, il nostro codice attuale ha vietato le ricuse perentorie. (*Vedi il discorso del tribuno Perrin, ediz. di Didot, pag.* 118). Or, noi dimanderemo, non sarebbe forse più ingiurioso all'ordine giudiziario, e più pericoloso ne' risultamenti, autorizzare qualunque specie di cause che una parte a seconda della sua malignità e del suo interesse, pretendesse potere opporre come motivo di ricusa? . . . . . Potrebbesi, per esempio, ammettere un litigante, come avvisa uno de'Comentatori del codice, a ricusare un giudice, sotto pretesto che i parenti o affini della sua concubina fossero parti in giudizio?.... Noi ci dispensiamo per certo dall'indicare gl' inconvenienti che risulterebbero dalla scandalosa discussione di un siffatto motivo.

Per la qual cosa crediamo non potersi ammettere altre cause di ricusa se non quelle ammesse dall' art. 378.

Tale opinione sembra adottare benanche Berriat Saint-Prix, pag. 333, nota 42, 43 e 44. Egli cita questo passo di Rebuffe: *judex recusatur in causa suae amasiae quia amasius, pro amasia omne fas atque nefas committeret.* . . . . ma non lo cita se non ad oggetto di far la censura delle cause di ricusa che anticamente ammettevansi, e che oggidì non vi sarebbe ragione di rigettare, se fosse permesso di allontanarsi dalle disposizioni restrittive dell'art. 378. — (*Ma vedi le nostre quistioni sull' art.* 380.)

Del resto, la nostra opinione sembra confermata dalla soppressione fatta nel nostro codice della disposizione dell' art. 12 del tit. 24 dell' ordinanza, colla quale il legislatore dopo di aver riportato molti motivi di ricusa, manifestava espressamente la sua volontà di non intendere escludere gli altri motivi di fatto e di dritto, per i quali potrebbe un giudice validamente esser ricusato.

1365. *Può forse la ricusazione proporsi nei tribunali di commercio.*

Certo che sì, poichè l' art. 378 contiene le espressioni generali, *ogni giudice può esser ricusato per le seguenti cause.*

All' indarno opporrebbesi che la legge prescrive sentirsi il pubblico ministero; ciò che non può aver luogo ne' tribunali di commercio. Ma si risponde, anche la legge vuole che sia inteso il pubblico ministero sulle declinatorie per causa d'incompetenza; e pure siffatta eccezione va proposta innanzi ai tribunali di commercio (*art.* 424.) Ma sarebbe un volersi troppo soffermare sulla presente quistione, la quale non presenta alcuna difficoltà. — (*Vedi le Quist. di Lepage*, pag. 254.)

1366. *Può l'attore ricusare un giudice, quando il convenuto non ha costituito patrocinatore ?*

Tal' è la nostra opinione, fondata sul motivo che non potendosi allora aggiudicare le sue conclusioni se non quando siensi verificate giuste, può egli benissimo temere la influenza di un giudice ricusabile.

Ma non così rispetto al convenuto, a favore del quale pronunziasi il congedo della dimanda in seguito della contumacia della parte avversa. In tal caso non vi ha ragione per autorizzarlo a ricusare. — (*Vedi le quist. di Lepage, pag.* 259, *e la nostra quest.* 617, *tom.* 1, *pag.* 372.)

§. I. e II. (1).

1367. *Può ricusarsi un giudice consanguineo o affine di una delle parti ?*

Noi qui applichiamo le ragioni addotte sulla quistione 1344, aggiungendo esser tanto più certo in fatto di ricusazione, in quanto che l'art. 378 espressamente dichiara che ogni giudice può essere ricusato, se egli è consanguineo o affine DELLE PARTI o di una di esse. Laonde il legislatore ha chiaramente preveduto il caso della parentela o affinità rispetto ad entrambe le parti, ed ha così prescritto, nè vi ha dubbio, perciocchè era difficile supporre che il giudice avesse lo stesso grado di affezione per ciascuna di esse, ec. Tale benanche è la opinione di Rodier.

1368. *Ma può il giudice essere eziandio ricusato dalla parte cui egli è parente, senza esserlo della parte avversa ?*

Se ci troviamo di aver detto sulla quistione 1344, che la parte consanguinea o affine del giudice non può dimandare la rimessione innanzi ad un' altro tribunale, si fu per la ragione desunta dalle espressioni dell' art. 368, *allorchè una parte* avrà. . . . L' ALTRA PARTE *potrà* ec.; ma tali espressioni non si rinvengono affatto nell' art. 378. Vi si legge soltanto, *che ogni giudice può essere ricusato se egli è consanguineo o parente delle* PARTI *o di una di esse*; e da ciò bisogna conchiudere che non avendo la legge fatta alcuna distinzione, la parte può ricusare il giudice a lei stessa consanguineo a affine. Il legislatore ha considerato poter esistere nel seno delle famiglie delle cause di odio, a rivelar le quali non bisognava costringere un parente; e forse ha temuto benanche, che per eccesso di delicatezza, un giudice non concepisse qualche prevenzione contro uno dei suoi parenti; nel timore di essere accusato di parzialità per lui, ed ha prescritto che cotesto giudice fosse ricusabile dallo stesso suo parente, per causa *soltanto di parentela*. Tal'è benanche la opinione di Pigeau, tom. 1, pag. 428, e di Berriat Saint-Prix.

(1) Vedi sull' art. 283 molte quistioni nelle quali trattasi delle cause di ricusa menzionate nelle due prime disposizioni dell' art. 378.

Del rimanente la dichiarazione di un giudice di astenersi dal giudicare fondata sulla parentela o affinità sarebbe certamente ammessa; epperò queste due cause di ricusazione possono proporsi da quello stesso che trovasi congiunto al giudice con simili legami.

1369. *Nel caso di scioglimento di matrimonio mediante divorzio, il suocero, il genero e i cognati sono forse ricusabili, allorchè non vi esistono figli, del pari che lo sono quando la moglie è trapassata?*

Pigeau, tom. 1, pag. 425, conviene che le espressioni della legge sembrano indurre la negativa, e pure opina che, *nel caso in cui non vi sia prole* dal matrimonio disciolto col divorzio, si possa ricusare il suocero, il genero e i cognati.

Qualunque siasi la importanza delle considerazioni sulle quali fondasi il citato autore, noi non possiamo ammettere una opinione che suppone o cancella nel §. 2 dell' articolo, le espressioni formali: *se vi esistano figli dal disciolto matrimonio.*

§. III.

1970. *Che cosa intende la legge colla parola* CONTROVERSIA, *adoperata nel* §. 3. *dell'art.* 378?

Secondo gli autori del Pratico, tom. 2. pag. 380, bisogna intendere una causa soggetta agli arbitri o ai tribunali.

Pertanto a ciò può opporsi che la legge nel §. 3 dell'art. 378 avendo fatto uso della parola CONTROVERSIA, in vece della parola CAUSA adoperata nel §. 4, basterebbe, perchè si avesse dritto a ricusare un giudice, che fosse vicina a nascere una controversia. Ma in sostegno della loro opinione gli autori del Pratico citano un arresto della corte di cassazione dei 15 messidoro anno 11, col quale fu deciso esser necessario che la CONTROVERSIA fusse già nota; il che si verifica sol quando la causa soggiace già alla conoscenza degli arbitri o de'magistrati. La corte di cassazione ebbe a considerare che la possibilità di soppravvenire in seguito una controversia non è presa in considerazione dalla legge, la cui disposizione non è relativa se non se ad una controversia attualmente esistente. Al citato arresto se ne può aggiungere un' altro della stessa corte de'27 nevoso anno 11. — (*Vedi del resto Rodier, sull' art.* 5 *del tit.* 34, *quest.* 2. *e le Quist. di dritto di Merlin, alla parola*, trascrizione nell' uficio delle ipoteche §. 3.) (1).

1371. *Che cosa s' intende colle parole*, EGUALE QUISTIONE?

Intendesi che la controversia la quale ha il giudice sia uguale, in tutte le circostanze, a quella che si agita fra le parti, essendo sufficiente che la stessa, in dritto o in fatto, presenti una quistione capace di ricevere la medesima decisione (2).

1372. *si può per mezzo di testimoni provare esistere sopra una eguale quistione, una controversia nella quale fosse interessato il giudice, o i suoi parenti o affini in linea retta?*

L' art. 5 del titolo 24 dell' ordinanza del 1667 espressamente il vietava, esigendo la prova per iscritto; altrimenti dovea prestarsi fede alla dichiarazione del giudice, senza potersi ammettere il ricusante a produrre una prova testimoniale, o a dimandare un termine per presentare la prova scritturale.

Sebbene una tale disposizione non rattrovisi nel Codice di procedura, noi non crediamo essere stata idea del legislatore di autorizzare in tutt' i casi la prova testimoniale, che avrebbe l' inconveniente di dar luogo, sulla ricusa, ad un giudizio la cui durata sarebbe spesso lunghissima ed il successo pericoloso, perciocchè dipenderebbe dalla fede dei testimoni. D' altronde quanto non sarebbe difficile provare per mezzo di testimoni la simiglianza della quistione fra la causa del giudice e quella del ricusante?

Ed appunto per ovviare a siffatti inconvenienti il citato articolo dell' ordinanza vietava la prova testimoniale; ed inoltre tale divieto avea il vantaggio, giusta la osservzione di Pussort, fatta nelle conferenze de' compilatori del codice, di allontanare tutte le difficoltà che poteva presentare la quistione di eguaglianza della causa, esigendo la presentazione delle citazioni, de' compromessi, degli altri atti di

(1) Tali decisioni furono pronunziate sotto l'impero dell' ordinanza; ma si osserverà che l' art. 5 del tit. 24 dicea, come l'art. 378, che il giudice potrà essere ricusato se trovasi impegnato in una controversia uguale a quella che si agita tra le parti.

(2) Vedi gli sviluppamenti e le pruove di questa proposizione nel Commentario di Serpillon, sull'art. 5 del tit. 24.

procedura, e, in una parola, di tutte le prove scritte. — (*Vedi Rodier, quist. 2. e Serpillon sull' art. 3*)

Del resto dal silenzio del codice può dedursi che la legge abbandona alla prudenza del giudice il dritto di rifiutare o di ordinare la prova testimoniale, val dire allorchè fosse manifesta la impossibilità di provare altrimenti, ed i fatti articolati sieno veramente pertinenti. Laonde potrebbe esservi necessità di ammettere la prova testimoniale, allorchè il giudice che vuolsi da una parte ricusare non comparisse direttamente nel giudizio che costituisce l' oggetto della ricusa; per esempio, se egli è socio di colui che sta in causa, e la società fosse verbale, o in iscrittura privata, e per conseguenza secreta. Allora potrebbe ammettersi la prova testimoniale, proibita, anche in tal caso, dalla disposizione generale dell'ordinanza, poichè il codice non contiene alcuna proibizione, e sarebbe impossibile far la prova per iscritto. — (*Vedi Rodier, come sopra, e l' art. 389.*)

§. IV.

1373. *In qual caso è ricusabile il giudice, se egli stesso, la di lui moglie, i loro ascendenti ec., sono creditori o debitori di una delle parti?*

Il giudice, secondo la nostra opinione, è ricusabile ogni qual volta è obbligato verso la parte, o questa è obbligata verso di lui per un capitale, ancorchè il pagamento del debito non sia ancora scaduto.

Ma nell'antica giurisprudenza generalmente ammettevasi, non potersi ricusare il giudice inquilino o affittuario d' una delle parti, allorchè egli non dovea alcun pagamento di pigione o di fitto, considerandosi allora come se non fusse debitore; era lo stesso pel debitore di una rendita, se non dovea frutti arretrati, imperciocchè egli non è debitore del capitale se non quando la legge autorizzi il creditore ad esigere il pagamento del debito. — (*Vedi Rodier sull' art. 10, del tit. 24 dell' ordinanza, quest. 8; Jousse sullo stesso articolo, e sull' art. 11; Serpillon sull' art. 1.*)

Pigeau, tom. 1, pag. 427, ammette tali distinzioni, e noi crediamo doversi seguire la sua opinione, poichè in effetto il debito dei pigioni e dei fitti, e quello per frutti arretrati non esistono se non a misura del godimento. Epperò solamente nel caso in cui vi fossero arretrati, bisognerebbe applicare la disposizione del § 4 dell' art. 378.

1374. *Potrebbesi forse ricusare un giudice sul quale una parte avesse accettata una cessione di credito?*

Una dichiarazione del 27 maggio 1705, riportata nel nuovo repertorio, alla parola *ricusazione*, tom. 10, pag. 684, nel riconoscere il principio che un giudice è ricusabile, come debitore di una parte, vi faceva una savia restrizione, vietando di accettare la cessione dei dritti su' giudici innanzi a' quali pendeva la lite, e ciò sotto pena di nullità della cessione, non che di un' ammenda di 1,000 fr., qualora se ne facesse un motivo di ricusa.

Nè il codice civile, nè quello di procedura ripetono siffatta disposizione, epperò crediamo non potersi pronunziare la nullità di tale cessione.

Pertanto, secondo Delaporte tom. 1, pag. 350, e gli scrittori del comentario inserito negli annali del notariato, tom. 2, pag. 455., non bisognerebbe tener alcun conto della ricusa la quale avesse soltanto per oggetto una simile cessione. Che se altramente si opinasse, dicono i citati autori, vedrebbonsi a quanti abusi darebbero luogo le disposizioni del §. 4. dell' art. 378.

Ed in vero, l' ordinanza del 1705 avea per iscopo d' impedire che il corso della giustizia fosse spesso interrotto da ricuse fraudolenti poggiate sopra veri o finti crediti, che i litiganti faceansi cedere sopra i giudici, ad oggetto di allontanar quelli la cui integrità piaceva loro aver per sospetti.

Non vi ha dubbio che un tale abuso può riprodursi; ma il cod. civ. nell' art. 1689 e seguenti †1535 ha trattato della cessione dei crediti, senza ripetere le disposizioni dell'ordinanza del 1705; d' altronde l' art. 7 della legge delli 11 ventoso anno 12, abroga la antiche ordinanze, nelle materie che formano l'oggetto del detto codice, ed il codice di procedura che abroga in questa materia tutte le precedenti leggi (*vedi l' art. 1041 † T.*) serba lo stesso silenzio del codice civile. Per lo che bisogna decidere che l' ordinanza di cui parliamo non debb' esser più considerata, e si possa oggidì ricusare un giudice sul quale una parte abbia accettata una cessione di dritti, poichè

tale cessione lo renderebbe debitore della detta parte.

Nulladimeno crederemmo non potersi validamente ricusare un giudice, ove la cessione fosse stata fatta o accettata dopo introdotto il giudizio, potendosi allora giustamente presumere essersi ciò praticato per offrire appunto alla parte un motivo di ricusa. Or è nello spirito della legge, appalesato nel §. 6. della disposizione dell' art. 378, di vietare qualunque ricusa fondata sur una causa fatta nascere appositamente dalla parte. — (*Vedi la quest.* 1376.)

§. V.

1375. *Che cosa deve intendersi colle parole*, PROCESSO CRIMINALE, *adoprate nel* §. 5. *dell' art.* 378 ?

Fa duopo, contro il sentimento di Delaporte, tom. 2, pag. 347, considerar queste parole, *processo criminale*, come espressioni generiche che comprendono ogni processo, sia di polizia o correzionale, sia criminale. Le parole, *processo criminale*, non sono adoperate, se non in contropposto delle altre, *processo civile*, che trovansi nel §. 6, e non ammettono quindi alcuna distinzione. D'altronde, delle semplici discussioni innanzi ad un tribunale di polizia bastano ad eccitare degli odi fra le famiglie che le hanno sostenute; ma una semplice querela o denunzia che non ebbe poscia alcuna conseguenza, non potrebbe stabilire un motivo di ricusa, perciocchè essa non costituirebbe ciò che chiamasi *un processo criminale*. (*Vedi il coment. inserito negli annali del not. pag.* 455 *e* 456 ; *Locrè tom.* 2, *pag.* 49.)

§. VI.

1376. *Si può forse ricusare un giudice relativamente ad una causa civile intentata da lui, o da' suoi parenti ed affini in linea retta, dopo introdotta quella nel corso della quale fosse opposta la ricusa ?*

Secondo Delaporte, tom. 1, pag. 349, e gli autori del Coment. inserito negli Annali del not. tom. 2, pag. 456, la causa civile intentata dal giudice o dai suoi parenti ed affini in linea retta, pendente il giudizio nel corso del quale fosse allegata la sospezione, non sarebbe una causa di ricusa; tranne il caso in cui fosse stata intentata dalla parte e prima del detto giudizio.

Ma se si calcolano bene le espressioni del §. 6 dell'art. 378, si osserverà ch'esse non escludono affatto la ricusa del giudice, anche quando trattasi di una lite promossa da lui, o da suoi parenti ed affini, dopo l'introduzione del giudizio. In primo luogo la ricusa è generalmente ammessa, se siavi causa civile non ancora giudicata, nella quale gl' individui da noi indicati figurino, sia come convenuti, sia come attori.

In secondo luogo, la legge ammette una restrizione pel caso in cui la parte non avesse intentata la causa prima della introduzione della lite, nel corso della quale si allega il sospetto. Questa restrizione è fondata sul motivo che una parte potrebbe movere ad un giudice, sopra i più efimeri pretesti, una lite per procurarle almeno un motivo di ricusa, ma essa evidentemente applicasi soltanto alla parte ricusante la quale, per le addotte ragioni, debbe avere intentato la causa prima di quella su cui cade il sospetto: epperò non impedisce che il giudice sia ricusato, se egli stesso, i suoi parenti o affini, avessero promossa una lite a questa medesima parte posteriormente a quella sottoposta al tribunale cui questo giudice si trovasse addetto.

Tal' è benanche il sentimento di Pigeau, tom. 1, pag. 427. Allorchè il processo è nato prima della introduzione della lite, il giudice è ricusabile, dice questo saggio professore, sia che vi agisca in qualità di attore, sia che v' intervenga in qualità di convenuto . . . . ; ma se il processo è nato dopo introdotta la lite, bisogna che il giudice sia attore perchè si possa ricusarlo; altrimenti una parte, a sol oggetto di procurarsi un motivo di ricusa, intenterebbe al giudice una causa civile.

§. VII.

1377. *Che cosa bisogna intendere colla parola* PADRONE ?

Gli autori del Pratico, tom. 2, pag. 383, nelle note, sostengono che questa parola indica il proprietario di un fondo coltivato da una delle parti, ed il giudice che abbia una di esse al suo stipendio o servizio. Questi autori citano Bouvote Feber sull'art. 10 del tit. 24 dell'ordinanza.

Ma osserva Berriat Saint-Prix, pag. 327,

not. 16, 1. che Faber non motiva bene questa decisione ; che egli non l'applica se non all'inquilino (locatario di una casa) ed al colono parziario , e non già ad un' affittuario ; 2. che molti scrittori riportano quattro arresti del Parlamento di Rennes e Grenoble , uno dei quali , a camere riunite , contrario anche all'inquilino.

Può vedersi in Rodier quanto era incerta nell' antica giurisprudenza la soluzione della proposta quistione ; ma da ciò che dice sull' art. 10 , quist. 8 , e sull' art. 12, quist. 1, n. 8, potrà conchiudersi ch' egli molto generalmente ammetteva che il giudice locatario di una delle parti ed il giudice proprietario della casa abitata da una di esse, potevano benissimo rimaner giudici della causa.

Per lo che non dovrebbesi considerare il giudice come padrone , e ricusarlo in tal qualità, se non nelle liti risguardanti i suoi famiiari o i suoi commensali , avuto riguardo all' affezione che potrebbe aver per essi , ed alla protezione che lor deve. Quindi nel caso soltanto in cui l' affittuario o l' inquilino andassero debitori del giudice per fitti e pigioni arretrati, costui sarebbe ricusabile nella causa relativa all' uno o all' altro.

Cotesta opinione sembraci particolarmente fondata sopra un' arresto del Parlamento di Rennes , delli 8 febb. 1716 , citato nel nuovo Repert. alla parola *ricusazione*, §. 1, pag. 685, e riportato da Duparc Poullain , nel giornale delle udienze del detto Parlamento , tom. 1, pag. 408. Forse potrebbesi opporre in contrario l' art. 10 del tit. 24 dell' ordinanza , il quale fa uso della parola *padrone* ; ma , dice Duparc , i giudici considerarono che questo articolo non parlava affatto di proprietarî, ma solamente di padroni e di servitori ; che eravi una precisa differenza tra gli uni e gli altri ; che i servitori abitano sempre coi padroni; che sono della casa , e formano in qualche modo anche parte della loro famiglia ; che non è così dell' affittuario ; epperò non può estendersi l'un caso all'altro, essendo d'altronde le ricuse odiose , e dovendosi quindi circoscriverle nei termini di legge.

Dopo siffatta spiegazione adunque noi crediamo dover risolvere la proposta quistione. L' art. 378 dice che il giudice può essere ricusato , s' egli è *padrone* , o *commensale* : qui la parola *padrone* sembraci adoperata in opposizione a *commensale* , e ad oggetto d' indicare il padrone di casa che abbia servitori, commessi , un' intendente , un precettore, o qualunque altra persona la quale conviva con lui (1); del pari , la parola *commensale* parci reciprocamente adoperata , ed anche in opposizione a quella di *padrone* , ad oggetto d'indicare queste stesse persone.

§. VIII.

1378. ***In qual caso può dirsi che un giudice abbia consultato o preso cognizione della causa?***

Può riguardarsi un giudice come consulente di una parte non solamente se ha consigliato d' intraprendere o di sostenere una lite , ma anche se ne ha diretto il procedimento , se ha conferito coll' avvocato o col patrocinatore , se ha agito per procurargli atti o titoli ec.

Un giudice poi sarebbe ricusabile per aver preso cognizione della controversia , se fosse stato adibito per arbitro , ovvero se , come amichevole conciliatore, avesse tentato di accordare le parti fra loro. — (*Vedi Rodier sull' art.* 6 , *quist.* 1.) (2).

1379. ***Il giudice il quale, in un tribunale di prima istanza , ha preso parte alla sentenza di una causa , può , divenuto membro di un tribunal superiore , esser ricusato nel giudizio in grado di appello?***

Merlin , nelle sue quist. di dritto , alla parola *ricusazione* , §. 2 , riporta due arresti della corte di cassazione, dei 14 ventoso, anno 10 e 22 frimajo anno 11 , co' quali fu deciso che il giudice di cui è quistione, *allorchè non è ricusato da veruna parte* , può benanche in grado di appello conoscere della causa , senza che da ciò risulti alcun motivo di annullamento avverso la decisione alla quale egli prende parte.

(1) Osserviamo con Berriat-Saint-Prix, pag 528, nota 17, che non potendo un giudice oggidì esercitare siffatte professioni , sembra che il codice abbia voluto semplicemente parlare del giudice che vive *alla tavola del litigante*.

(2) Ma i giudici che han pronunziata una sentenza impugnata con opposizione di terzo , non reputansi aver manifestato la loro opinione nel senso del §. 8 dell' art. 379 , e conseguentemente non possono essere ricusati per questo motivo , allorchè debbono decidere sulla opposizione di terzo. — (*Cassaz.* 4 *luglio* 1816 ; *Sirey tom.* 16 , *pag.* 386).

Devesi però da questo arresto conchiudere che il giudice possa essere in tal caso ricusato, poichè la Corte di cassazione confermò la decisione della corte di appello per la ragione che il giudice non era stato ricusato. (*Vedi l' art.* 380 + 473 ; *il Prat. tom.* 2. *pag.* 385, *Rodier, sull' art.* 6. *quist.* 1.)

1380. *E' ricusabile un giudice, allorchè nel prendere procedentemente cognizione della causa si fosse dichiarato incompetente, sia per ragione dello stato in cui allora trovavasi la causa, sia per la qualità in ordine alla quale pretendevasi doverne egli conoscere?*

Leggesi nel nuovo Repertorio, alla parola *ricusazione*, §. 2, pag. 688, alle note, un arresto della corte di cassazione, dei 2 febbraio 1809, il quale decise negativamente la proposta quistione, certamente per la ragione che un giudice, il quale nel prendere cognizione della controversia non avea fatto altro che dichiarare la sua incompetenza, riputavasi non aver potuto conoscere del merito di essa.

1381. *Può ricusarsi un giudice che abbia manifestato stragiudiziariamente il suo avviso?*

L' art. 6 dell' ordinanza decideva affermativamente siffatta quistione: il giudice, secondo le espressioni di cui essa faceva uso, era ricusabile ogni qual volta, in qualunque altro caso diverso da quello in cui occupavasi *dell' accesso*, *dell' esame*, *o della sentenza* della causa unitamente agli altri giudici, avea non solamente appalesata la sua opinione, ma fatto conoscere ciò che pensava. — (*Vedi Rodier su questo articolo, quistione* 3.)

È sorprendente, dice Berriat Saint-Prix, che tale disposizione non siasi riprodotta nel codice. Ma noi crediamo che il legislatore abbia ciò fatto appositamente, perciocchè avea presente l'ordinanza; e ciò, a nostro avviso, costituisce un motivo per decidere negativamente la presente quistione (1).

1382. *Può essere ricusato un giudice per aver bevuto o mangiato colla parte, sia in casa sua, sia in una casa terza?*

Che no, secondo gli autori del Pratico, tom. 2. pag. 386, nelle note; ed in vero dal testo del §. 8 origina questa soluzione, poichè in esso sta detto che il giudice sarà ricusabile, *se ha bevuto o mangiato con alcuna delle parti nella di lei casa*; il che esclude la propria sua casa e quella di un terzo.

Bisogna osservare che anticamente ritenevasi in giurisprudenza che il giudice non era ricusabile per aver bevuto o mangiato in casa terza, (*vedi il nuovo Repert. alla parola* ricusazione, § 1, *pag.* 785) purchè, dice Rodier, sull' art. 12, quist. 1. n. 15, trovandosi il giudice in una osteria, non fosse stato trattato dalla parte a sue spese; il che sembraci conforme allo spirito del legislatore, manifestato dallo stesso art. 378, e dall' art. 283.

Però molte decisioni aveano già giudicato esser ricusabile un giudice per aver bevuto o mangiato colla parte, sia in sua casa, sia in casa di lei. Ma sembraci che il legislatore non abbia inteso comprendere il primo caso tra le cause di ricusa; e siasi piuttosto rimesso alla delicatezza del giudice, non avendo voluto supporre che egli, come in molti altri casi, avesse potuto mancare ai propri doveri.

1383. *E' ricusabile il giudice, qualora la sua moglie o i suoi figli avesseso ricevuto qualche dono dalla parte?*

Quantunque la legge si serva delle espressioni, *se il giudice ha ricevuto qualche dono dalla parte*, pur nondimeno crediamo esser egli ricusabile ove siensi fatti i doni alla moglie o ai figli, ovvero ai parenti prossimi che abitano con lui; perciocchè sarebbe lo stesso come se si fossero *indirettamente* ricevuti da lui; il che proibivano le antiche ordinanze, le quali non possono ritenersi come abrogate, fondandosi sul silenzio delle nostre novelle leggi. D'altronde è chiaro che non s' intralascerebbe mai di far uso di questo modo indiretto per corrompere il giudice, qualora egli non potesse essere ricusato. — (*Vedi il nuovo Repert. alla parola* ricusazione, §. 1 *pag.* 685 *ed alla parola* dono corrompitore, *pag.* 31.)

(1) Legraverend, nel suo *Trattato della legislazione criminale in Francia*, tom. 2, pag. 3½ applicando alle cause criminali le disposizioni dell' art. 378, credè nulladimeno che questo motivo di ricusa, ammesso dall' ordinanza del 1667, dee ancora sussistere. Ripugna, ei dice, alla ragione ed alla giustizia che un uomo il quale ha manifestato anticipatamente la sua opinione su di una causa, possa nondimeno restar giudice in essa. Comunque sia, noi persistiamo nella nostra precedente opinione, che possiamo avvalorare col rigetto ch' ebbe luogo nel consiglio di stato di una proposizione tendente a conservare su questo punto la disposizione dell' ordinanza. — (*Vedi Locrè, tom.* 2, *pag.* 51.)

Ma fa d'uopo riflettere che un dono di poco prezzo, fatto precisamente ai fanciulli, non deve meritare alcuna considerazione.

1384. *Che cosa intendesi per inimicizia capitale.*

Rodier risponde a questa quistione dicendo esser necessario che l' inimicizia sia positiva, conosciuta, manifestata, cagionata o dall'omicidio commesso in persona di un nostro parente, o da litigi, o da cause di onore, o da grande interesse, il cui risentimento possa determinare un' individuo ad afferrare le occasioni per attentare alla vita, all' onore, o ai vantaggi temporanei del suo inimico.

Gotofredo, sulla legge 3, *ff. de testibus* fa uso delle seguenti espressioni: *Inimicus capitalis, gravissimus, non levis, puta, si quis palam tibi maledixerit, infaustas voces, adversus te jactaverit, status controversiam moverit, vel omnium bonorum, vel majoris partis* etc.

Bisogna osservare, 1. che se all' inimicizia seguì la riconciliazione, essa cessa di dar luogo alla ricusa; e d' altronde la legge non dice più, come nell' ordinanza, *se siavi stata inimicizia*, ma dice, *se siavi inimicizia*.

2. Che per tal causa non può ammettersi la ricusa, se non quando la parte precisi ed articoli i fatti caratteristici della inimicizia; per lo che sarebbe infallibilmente rigettata, se si limitasse la parte a vaghe assertive di odio o di oltraggio, siccome fu ritenuto da due decisioni, una della corte di cassazione, dei 9 novemb. 1808 (*Vedi Denevers*, 1808, *suppl. pag.* 161), e l' altra della corte di appello di Parigi, dei 30 agosto 1810.—(*Vedi il Gior. dei Pal.*, *tom.* 3, *pag.* 28; *vedi pure Rodier e Jousse, sull' art.* 8 *del tit.* 24 *dell' ordinanza*) (1).

1385. *Dal perchè una parte può ricusare il giudice che l' abbia insultata, ingiuriata o minacciata, ne siegue forse che possa benanche ricusarlo, allorchè essa stessa contro del giudice avesse, o a voce o in iscritto, diretto ingiurie etc.?*

No; poichè diversamente basterebbe insultare il giudice, per avere il dritto di ricusarlo. Così benanche decise la Corte di cassazione, con arresto de' 23 agosto 1810, riportato da Sirey, tom. 11, pag. 28. — (*Vedi Pigeau, tom.* 1, *pag.* 427; *e le quist. di Lepage*, 153, *e la quist.* 1376.)

Art. 379 † 471. *Non vi ha luogo a ricusare un giudice per esser egli parente del tutore o del curatore di una delle parti, o de' membri o degli amministratori di uno stabilimento, di una società direzione o unione di persone che sieno posti in causa, salvo che i detti tutori, amministratori o interessati avessero un interesse distinto e personale* (*).

1386. *Che cosa intendesi colle parole*, INTERESSE DISTINTO E PERSONALE?

Noi crediamo che il legislatore abbia voluto indicare il caso in cui, per esempio, un tutore agisca, tanto nel suo interesse, in ciò che lo riguarda, quanto come tutore o curatore, in ciò che risguarda il minore o l'interdetto; ovvero allorchè l' amministratore ha una parte, sia per emolumento, sia per qualunque altro titolo, nell'oggetto che costituisce la materia della controversia; o finalmente allorchè trattasi, nella causa, di un fatto che dà luogo alla risponsabilità civile pronunziata dall'art. 1384 † 1338 del codice civile.

Art. 380 † 473. *Qualunque giudice che conosce di essere in caso di poter essere ricusato, è tenuto di dichiararlo al tribunale nella camera del consiglio, perchè decida se debba astenersi.*

Ordinanza del 1667, tit. 24. art. 17 e 18. — Ord. di Blois, del mese di maggio 1579. art. 118.

CCCXV. La ricusa, qualunque siasi il motivo, ha sempre qualche cosa di scandaloso e

(1) Del resto la disposizione dell' articolo relativa alla inimicizia capitale, è meramente *discrezionale*, val dire ch' è in arbitrio del tribunale di valutare le ragioni sulle quali è fondata l' assertiva d' inimicizia, ed in conseguenza di ammettere o rigettare la ricusa, secondo che giudica oppur no verosimili le dette ragioni. — (*Vedi l'art.* 381 † 474).

(*) Nelle nostre leggi di procedura civile all'art. 471, ch' è uniforme all' art. 379 francese, trovasi aggiunto un' altro articolo così concepito.

Art. 472. « Non sarà ricusabile il giudice se sia » creditore o debitore delle pubbliche amministra» zioni dello stato, nè se egli o i suoi consangui» nei abbiano lite con dette amministrazioni. »

Per la verità questa disposizione era pur giusta e necessaria, tra perchè in questi casi manca precisamente *l' interesse distinto e personale* di cui parla l'articolo precedente, sì perchè sarebbesi dato luogo a moltissime ricusazioni contro i giudici, atteso la moltiplicità delle cause in cui trovansi impegnate le pubbliche amministrazioni.

di contrario alla dignità del magistrato. Trovandosi adunque il giudice in uno dei predetti casi deve subito, senza attendere una specie d' ingiuria che può agevolmente evitare, prevenire la ricusa, non già astenendosi dal giudicare da se stesso, perciocchè non può a suo arbitrio dispensarsi da' doveri annessi alla sua carica, ma dichiarando ai suoi colleghi, allorchè son riuniti in camera di consiglio, il motivo per il quale ei crede poter essere ricusato. La camera quindi delibera sulla sua dichiarazione, e decide se debba astenersi dal giudicare.

Ma come siffatta decisione è per le parti *res inter alios acta*, così essa non può nè giovar loro, nè nuocere.

Che se il giudice non ha dichiarato egli stesso alla camera la cagione che deve impedirlo dal prender parte alla sentenza di una causa, quella fra le parti che non vuole averlo per giudice, dovrà proporre la ricusa.

Tuttocciò che abbiam detto del giudice, applicasi benanche al pubblico ministero, secondo la disposizione dell' articolo seguente.

1387. *Deve il giudice necessariamente attendere la deliberazione della camera di consiglio per astenersi dal giudicare?*

La disposizione dell' art. 18 dell' ordinanza del 1667, riprodotta nell' art. 380, in molti Parlamenti, e precisamente in Brettagna, non osservavasi a tutto rigore, e noi vediamo anche oggidì che alcuni magistrati, senza aspettare la deliberazione della camera, si astengono dal giudicare.

Rodier sembra approvare questo sistema, nel caso in cui i giudici sieno abbastanza numerosi perchè uno di essi che si astenga non dia luogo ad una necessaria rimessione di causa. D'altronde, dice Duparc-Poullain, tom. 9, pag. 205, ciò è senza inconveniente, mentre talvolta potrebbe esservene ordinando che il giudice dichiari il motivo per cui vuole astenersi. Peraltro, soggiunge il citato autore, se una delle parti o la parte pubblica, allorchè la causa interessi il suo ministero, esige che il giudice faccia la sua dichiarazione, i suoi colleghi non potranno dispensarsi dall' ordinarla; e giudicando insufficienti gli addotti motivi, il giudice sarà obbligato di conoscere della controversia.

Con tali distinzioni, crediamo potersi conservare il sistema di cui abbiam parlato, perciocchè al vantaggio di dispensare il giudice dal dichiarare le cause per cui egli vuole astenersi di giudicare, riunisce quello di risparmiargli il dispiacere di conoscere suo malgrado del giudizio al quale ripugnava prender parte, qualora i motivi che avrebbe dichiarato per potersi astenere non fossero stati dalla camera accolti. Bisogna però convenire che un tal sistema non è assolutamente secondo lo spirito della legge, e che dalla maggior parte degli scrittori è stato rigettato.

1388. *Ma supponiamo che il giudice faccia la sua dichiarazione alla camera, e che dessa non sia fondata sopra un giusto motivo di ricusa, potrebbe la camera ordinare che si astenga dal giudicare?*

Dicemmo già, quist. 1364, che i tribunali non possono ammettere altre cause di ricusa se non quelle menzionate nell' art. 378. La conseguenza adunque della soluzione data a siffatta quistione, sembrava naturalmente condurci a risolvere la presente per la negativa.

Nulladimeno avvisiamo che l' art. 380 obbliga il giudice a dichiarar le cause di ricusa esistenti in lui, a sol' oggetto d' impedire che siano opposte dalle stesse parti; e però non bisogna conchiudere che la camera non possa accogliere un motivo di ricusa fondato sopra una scrupolosa delicatezza di coscienza del giudice, precisamente allorchè vi fosse un numero sufficiente di giudici per comporre il tribunale.

1389. *La deliberazione della camera colla quale si permette al giudice di astenersi, debb' essere notificata o comunicata alle parti? E queste possono produrne appello?*

Con decisione della corte di Parigi, dei 18 marzo 1808, riportata nella giurisprudenza sul codice di procedura, tom. 1, pag. 369, fu ritenuta la negativa, per la ragione che la legge non ordina affatto la comunicazione o notificazione della deliberazione in parola, come neanche autorizza l' appello (1) (*).

(1) È da osservarsi che l' art. 17 del tit. 24 dell'ordinanza diceva, che la dichiarazione del giudice dovea essere comunicata alle parti, e che l' art. 380 † 473 non ripete questa disposizione; il che serve viemaggiormente a confermare la decisione qui sopra menzionata.

(*) Sorgeva presso di noi il dubbio se il pubblico ministero dovesse ed in qual modo essere inteso nelle ricuse volontarie (cioè negli *scrupoli*, così praticamente chiamate, a differenza delle ri-

1390. *Può il giudice, in ogni stato di causa, far la dichiarazione prescritta dell'art.* 380?

Il dubbio che elevasi sulla proposta quistione origina dall' art. 382 + 475, il quale stabilisce alcuni termini, decorsi i quali, non può più opporsi la ricusazione, a meno che i motivi non sieno sopraggiunti posteriormente.

Si sostiene militare la stessa ragione pel caso in cui un giudice dichiari volersi astenere dal giudicare.

E finalmente si aggiunge, fra le altre ragioni che ci dispensiamo dal riportare, che la legge non ha inteso permettere di ricominciare un giudizio già in istato di esser deciso, allorchè un giudice venisse ad accorgersi, forse anche nel mentre si sta facendo il rapporto della causa, ch' egli è parente o affine di una delle parti.

Comunque sia, noi abbiam veduto nel tribunale di prima istanza di Rennes, durante il rapporto della causa, accogliere la dichiarazione di un giudice, ed ordinarsi dalla camera che si fosse astenuto dal giudicare: in seguito di che, fu ricominciata la discussione. La qual cosa potrebbe spesso accadere in un giudizio in cui intervengono molti creditori, tal che il giudice non avendo potuto alla semplice lettura delle loro qualità, riconoscere chi di essi gli fosse parente, se ne fosse accorto leggendo le carte in camera di consiglio. Epperò crediamo giusta e regolare siffatta deliberazione, poichè coll'art. 380 la legge impone al giudice un' obbligo dal quale in nessun' epoca del giudizio è dispensato; per altro nel tempo stesso avvisiamo che la camera non sia rigorosamente tenuta di ordinare che il giudice si astenga; altrimenti sarebbe ben' inutile a tal riguardo la sua deliberazione. Questa opinione sembraci fondata sul motivo che il codice non concede affatto alla parte, siccome dichiarava l' art. 21 dell' ordinanza, il dritto di opporre in ogni stato di causa una ricusazione per parentela ed affinità, allorchè il giudice non abbia fatta la sua dichiarazione: la legge adunque presume che la parte abbia potuto conoscere i motivi di ricusa, e mette a sua colpa la mancanza di averli fatti valere.

1391. *Un giudice che siasi astenuto potrà forse ripigliare la cognizione della causa, qualora i motivi per cui astenevasi non più sussistano?*

L' astinenza del giudice dal pronunziare in causa, dice d'Aguessau (*Lettera del* 7 *agosto* 1735, *tom.* 12, *pag.* 24, *della nuov. ediz. delle sue Opere*) non può essere nè condizionale, nè circoscritta in un dato tempo, quando trattasi di una lite relativamente alla quale erasi egli astenuto. La confidenza e la diffidenza non sono divisibili, per rapporto ad una sola e medesima causa; e non può permettersi, nelle vere regole dell' ordine pubblico, che un giudice il quale trovasi di avere una volta rinunziato ad esercitarne le funzioni in un giudizio in cui era stato ricusato, possa ripren-

cuse necessarie), ed il Ministro di grazia e giustizia risolveva questo dubbio con una ministeriale diratta al Procurator Generale della G. C. civile di Napoli, così concepita.

» Rispondo al dubbio che ella ha proposto col rapporto de' 30 gennaro ultimo, se ed in qual modo il pubblico ministero dabb' essere inteso nelle volontarie ricuse di giudici a' termini dell' art. 473 leg. di proc. civ.

» La ricusa de' giudici è di ordine pubblico, e la legge vuole espressamente, che per tali controversie il pubblico ministero sia sempre inteso, senza far distinzione di ricuse volontarie o necessarie: consegnentemente è forza conchiudere che nelle prime e nelle seconde sia indispensabile che il pubblico ministero dia le sue conclusioni intorno all' ammessibilità o inammessibilità della prodotta ricusa.

» In quanto alla procedura da praticarsi in tale circostanza, le stesse leggi di procedura ne danno la norma.

» Il giudice a' termini dell' art. 473 fa nella camera del consiglio la dichiarazione scritta de' motivi della ricusa; il pubblico ministero è chiamato nella camera, e dietro la lettura che il cancelliere farà della dichiarazione egli emetterà le sue conclusioni, dopo di che esce dalla camera lasciando in libertà i giudici di decidere.

» Qualora nasca la necessità di raccogliere alcuno schiarimento di fatto, la camera dovrà ordinare la comunicazione in copia al pubblico ministero, rinviando la decisione ad una delle prossime udienze. Di tutto si deve prendere notamento nel primo foglio di udienza.

» In ultimo tanto nel primo quanto nel secondo caso, la deliberazione del Collegio sulla dedotta ricusazione *dovrà dal presidente manifestarsi ai contendenti all' udienza.* »

Dalle espressioni contenute in quest' ultimo periodo chiaramente rilevasi, in conformità della soluzione data dall' A. alla proposta quistione, non esser necessaria la intimazione alla parte della sentenza pronunziata in seguito della dichiarazione del giudice, e quindi non esservi luogo ad opposizione o appello.

derle nello stesso giudizio, sotto pretesto di esser posteriormente cessata la causa, la quale, quando fu proposta, era giusta e regolare. Puossi sempre temere che la ricusa abbia rimasto nel cuore del giudice una ferita, per aver conosciuto esser egli sospetto ad una parte; e quand' anche costei si tacesse, dovrebbe egli stesso astenersi dal conoscere di una causa per la quale una volta si è avuta una ragione legitima di sospettare contro di lui. L'illustre cancelliere applica questo ragionamento alla ricusazione di un giudice dichiarata da lui stesso, ritenendo che ogni specie di considerazioni, non solamente di convenienza ma di regola, obbliga il giudice, che si è una volta astenuto, a non poter più in prosieguo riprendere cognizione della causa.

1392. *L' avere un giudice ricusabile conosciuto di una causa rende nulla la sentenza, allorchè non abbia dichiarato le cause di ricusazione che sapeva esistere in lui, ovvero che non sia stato ricusato?*

Secondo Lepage, nelle sue quist. pag. 253, la sentenza non sarebbe nulla; e tal' è la nostra opinione, fondata non solamente sul motivo di non esservi disposizione di legge che pronunzi la nullità (il che per altro non sarebbe una ragione sufficiente), ma eziandio perchè è nella facoltà delle parti di ricusare oppur no, anche quando esistessero legitimi motivi di ricusazione. L' art. 378 dice, *ogni giudice può essere ricusato*; dal che conseguita che il silenzio è un tacito consenso delle parti affinchè egli conosca della causa.

Laonde niuno potrebbe gravarsi in appello, che un giudice, il quale non poteva ignorare le cause di ricusa, non siasi astenuto dal giudicare. Il motivo della legge, nel concedere alle parti la facoltà di ricusare, e nel prescrivere al giudice di ricusarsi da se stesso, si è che la giustizia sia imparzialmente renduta; e che l'interesse, la passione e le umane considerazioni non possano far trionfare la cattiva causa in pregiudizio della buona. Ora essendovi il mezzo dell'appello, di cui ha fatto uso la parte che si duole di esser stata malamente giudicata, non trattasi più di esaminare se i suoi giudici erano o pur no ricusabili, ma trattasi di vedere se in merito abbiano realmente mal giudicato. Ed in vero, non perchè i giudici siano ricusabili, ne siegue necessariamente aver essi malamente giudicato.

Ecco perchè qualora in un caso simile vi fosse appello come se si trattasse di un giudice incompetente, cotesto appello sarebbe subordinato alla sentenza dell'appello in merito.

Del resto, questa opinione sembraci esente da qualunque difficoltà, dietro la decisione riportata nella quist. 1378, pag. 89. (1) (*Vedi benanche le quist. di Lepage, pag.* 255, *e le Opere di d'Aguesseau, tom.* 12, *pag.* 107).

ART. 381 † 474. *I motivi di ricusazione relativi ai giudici sono applicabili al ministero pubblico, allorchè esso è parte aggiunta; ma quando il ministero pubblico è parte principale non può essere allegato sospetto.*

Vedi il coment. all' art. 300, e la quist. 1342.

1393. *La ricusazione diretta contro al ministero pubblico, che agisce di uffizio, è nulla di pieno dritto?*

Sì, poichè in tal caso egli non è ricusabile. Laonde la ricusazione non può sospendere la decisione del tribunale sulla controversia sottomessa alla sua cognizione. — (*Argomento desunto da una decis. della Corte di cassaz. del* 14 *febb.* 1811, *Sirey, tom.* 11, *pag.* 356).

ART 382 † 475. *Colui che vorrà ricusare un giudice, dee farlo prima che incominci la discussione della causa all'udienza* (2), *e se la causa è in rapporto, prima che sia terminata l'istruzione, e prima che i termini ne siano spirati, a meno che i motivi della ricusazione non siano posteriormente sopravvenuti* (3).

Ordinanza del 1667, tit. 24, art. 20. — C. di P. art. 96, 97, 98, 343, 369.

(1) Applicando appunto siffatti principi, la corte di Rennes, con decisione del 26 dicembre 1811, giudicò non esser nulla una sentenza pronunziata in presenza del regio procuratore parente di una delle parti. Gli è vero che trattavasi di una causa non comunicabile; ma se essa avesse dovuto comunicarsi, il pubblico ministero sarebbe stato nell'obbligo di astenersi (*vedi Locrè tom.* 2 *pag.* 51); però secondo la soluzione data alla quistione 1392 la sentenza non sarebbe stata nulla pel solo motivo che il regio procuratore avea presa la parola.

(2) Vale a dire prima di darsi le conclusioni in contraddittorio all' udienza. — (*Vedi l' art.* 343 † 437).

(3) GIURISPRUDENZA.

L' art. 382 † 475 del codice di procedura il quale dice. « *Colui che vorrà ricusare un giudice.*
» *dee farlo prima che cominci la discussione della*

1394. *Si può forse, dopo l'epoca determinata dall'art. 382 † 475, ammettere una ricusa, se le cause esistenti si fossero conosciute dopo la detta epoca?*

Al caso dalla legge previsto, val dire alla sopravvenienza dei motivi dopo l'epoca da essa determinata, gli autori del Pratico, tom. 2, pag. 301, opinano doversi assimilare quello che forma l'oggetto della presente quistione. Tal'è benanche il sentimento di Berriat Saint-Prix, not. 27.

Delaporte, tom. 1, pag. 359, e gli autori del Comentario inserito negli Annali del notariato, tom. 2, pag. 460, rigettano indistintamente, in questo caso, ogni specie di ricusazione.

Noi osserveremo che l'art. 382 non esprime affatto, siccome all'opposto dichiarava l'art. 21 del tit. 24 dell'ordinanza del 1667, che una parte possa proporre la ricusa in ogni stato di causa, *asserenda* che i motivi sieno posteriormente venuti a sua conoscenza; ma per lo contrario dice, esser necessario che i motivi sieno *sopraggiunti dopo che la causa è posta a relazione*. Per lo che avvisiamo che la eccezione debba restringersi nei termini della legge, la quale esige che la esistenza dei motivi di ricusazione, e non già la conoscenza di essi, sia posteriore all'epoca da lei indicata.

1395. *Allorchè fu formata una ricusazione tardivamente, può ritenersi come non avvenuta, senza esservi bisogno di una sentenza che la dichiari inamissibile?*

Una decisione della corte di cassazione, dei 4 piovoso anno 12, pronunziò in certo modo affermativamente sulla presente quistione. È chiaro che oggidì risolverebbesi alla stessa foggia, perciocchè l'art. 382 stabilisce un termine nel quale dee formarsi la ricusa, del pari che la legge de'23 vendem. anno 4, sotto il cui impero fu pronunziata la detta decisione, ne fissava una per le ricusazioni perentorie da essa autorizzate. (*Vedi la Giurisprudenza delle Corti sovr. tom 5, pag. 41*).

» *causa all'udienza* » deve intendersi in questo senso, cioè che la ricusa è ammissibile, purchè vien proposta *prima della discussione che ha luogo per ottenersi la sentenza diffinitiva*; poco importa ch'essa sia posteriore alla discussione la quale ha avuto luogo in occasione di una sentenza interlocutoria intervenuta in una causa. — (*Metz, 4 agosto 1818; Sirey, tom. 18, pag. 41*)

ART. 383 † 476. *L'allegazione a sospetto contro i giudici incaricati di accessi, esami di testimoni ed altre operazioni, debb'esser proposta entro tre giorni, i quali decorrono, 1. da quello della sentenza, quando essa è stata profferita in contraddittorio delle parti; 2. dal giorno della scadenza del termine degli otto giorni assegnati a formare opposizione, se questa non è stata fatta e se questa non è contumaciale; 3. nel caso anche di fatta opposizione, dal giorno nel quale la medesima è stata rigettata, per motivo anche di contumacia.*

Ordinanza, tit. 24, art. 22 — C. di P. art. 1033.

1396. *Relativamente all'applicazione dell'art. 383 † 476, bisogna forse fare una distinzione fra le sentenze contumaciali di parte, e quelle di patrocinatore?*

No, poichè la legge non fa alcuna distinzione. Laonde, sebbene contro una sentenza contumaciale di parte è ammessa la opposizione fino alla esecuzione della detta sentenza, pure i tre giorni accordati per ricusare il giudice commessario cominceranno a decorrere appena spirati gli otto giorni assegnati per fare opposizione. — (*Vedi Demiau Crouzilhac, pag. 282*).

1397. *Nel caso previsto dall'art. 383† 476, bisogna forse applicare l'eccezione stabilita nell'articolo precedente, relativa alla sopravvegnenza de' motivi di ricusazione dopo i termini fissati dall'articolo in esame?*

Che sì, secondo Delaporte, tom. 1, pag. 361. Ma tale non è la nostra opinione: da una parte, l'art. 22 dell'ordinanza disponeva formalmente il contrario; dall'altra, sembraci che la legge nell'art. 383 abbia appostatamente serbato silenzio, fondandosi sulla necessità di completare al più presto possibile la procedura; necessità che fece abbreviare, per il giudice incaricato, i termini di ricusazioni ordinarie.

1398. *Qual'è il tribunale che deve pronunziare sulla ricusa di un giudice delegato, allorchè costui non è tra' componenti del tribunale ove fu intentata la lite?*

Rodier, sull'art. 10 del tit. 22 dell'ordinanza, risponde che la ricusazione di un commessario delegato debbe decidersi da' giudici che fecero la delegazione, e quella di un giudice dai membri del collegio. Noi crediamo all'opposto risultar dallo spirito e dall' insieme del-

le disposizioni del codice, doversi essa decidere dal tribunale al quale appartiene il giudice delegato, e se fosse un giudice di pace, dal tribunale che in ogni altro caso conosce della ricusa, uniformemente all'art. 47 †150.

Abbiam detto, in primo luogo, che la nostra opinione è fondata sullo spirito del codice, perciocchè tende ad affrettare il compimento delle operazioni del giudice commessario. — (*Vedi la preced. quistione*). Or se dovesse un tribunale lontano giudicar della ricusa, sarebbe lo stesso che ritardarle. Abbiam quindi soggiunto che tale opinione risulta dall'insieme delle disposizioni di più articoli, perciocchè, infatti, l'art. 384 † 477 ordina che la ricusazione sia proposta in cancelleria; e l'art. 286 † 380 che il giudice ricusato faccia la sua dichiarazione in cancelleria *a piè dell' originale dell'atto di ricusa*. Or le disposizioni di questi articoli non potrebbero eseguirsi, ove non si supplisse a un procedimento sul quale la legge serba silenzio. Ma quello che maggiormente ci conferma nella nostra opinione, si è che una Corte reale può delegare un giudice inferiore; e se la ricusazione di costui dovesse essere decisa da lei, noi dimandiamo dove poi produrrebbesi l' appello autorizzato dall' art. 391 † 484? Certamente non è nella intenzione del legislatore di render necessario in questo caso un regolamento dei giudici (1).

Art. 384 † 477. *La ricusazione deve proporsi con un atto alla cancelleria, il quale deve contenere i motivi della medesima. Quest'atto debb'essere sottoscritto dalla parte o da un suo procuratore speciale, il cui mandato in forma autentica debb'essere annesso all' atto stesso* (2).

T. 29—Ordin. tit. 14, art. 23.—C. di P. art. 370.

(1) Del resto per troncare dalla radice la maggior parte delle difficoltà che possono nascere sulla proposta quistione, non previste dal codice, spetta ai tribunali di aver cura di autorizzare, per quanto è possibile, siccome ne hanno il dritto secondo l' art. 1033 † 1111, un tribunale a delegare uno de' suoi giudici, perchè allora non vi sarà più dubbio che questo tribunale appunto dovrà conoscere della ricusazione.

(2) GIURISPRUDENZA.

Un tribunale non è obbligato tener conto di una ricusa irregolare nel rito. — (*Cassaz.* 15 *brumaio anno* 12; *Sirey, tom.* 12, *pag.* 64 *e sopra quist.* 1395.)

CCCXVI. La ricusazione non può farsi verbalmente in presenza del giudice; talchè antiche decisioni pronunziavano la pena della multa contro una procedura sì poco decente.

Fa d'uopo adunque, per conciliare l' interesse delle parti col rispetto dovuto alla magistratura, che il ricusante si porti in cancelleria, sia personalmente, o per mezzo di una persona munita di sua procura speciale e autentica, e colà, senza espressioni gratuitamente offensive, farà la sua dichiarazione con un atto che sarà da lui sottoscritto unitamente al patrocinatore che l' assiste, ed al cancelliere. Questa dichiarazione deve contenere i motivi, val dire le cause di ricusazione e le prove che le affiancano. Quando poi comparisse un procuratore in luogo del ricusante, la procura dovrà unirsi all'atto stesso.

Art. 385 † 478. *Il cancelliere trasmette la spedizione dell' atto di ricusa entro* 24 *ore al presidente del tribunale* (3), *il quale dietro le conclusioni del ministero pubblico, pronunzia per lo rigetto se lo trova inammissibile; ed all'opposto, se trova ammissibile l' istanza, ne ordina,* 1. *la comunicazione al giudice ricusato, all'effetto che si spieghi in modo preciso sopra i fatti esposti nel termine che sarà fissato dalla sentenza;* 2. *la comunicazione al pubblico ministero; ed indica il giorno in cui sarà fatta la relazione dal giudice che a tale oggetto vien destinato.*

Ordinanza, tit. 24, art. 24. — C. di P. art. 371.

CCCXVII. Sulla spedizione dell'atto di ricusazione, comunicato al pubblico ministero, il presidente, o quegli che ne farà le veci, fa la sua relazione alla prossima udienza; il pubblico ministero dà le sue conclusioni, ed il tribunale limitasi a vedere se la causa sulla quale è fondata la ricusa è oppur no ammissibile, senz' ancora esaminare se sia ben giustificata.

Riconoscendola il tribunale inamissibile, la rigetta, e passa agli atti ulteriori, sia alla istruzione, sia alla sentenza della causa principale. Ove poi la riconosca ammissibile, ordina, 1. la comunicazione al giudice ricusato, affinchè sui fatti allegati produca una spiegazione pre-

(3) Essendo ricusato lo stesso presidente, la trasmissione si fa al giudice che gli vien surrogato.

cisa fra 'l termine che dovrà stabilirsi dalla sentenza ; 2. che la risposta del giudice cogli altri documenti relativi alla ricusazione sieno comunicati al pubblico ministero , indicando inoltre il giorno in cui sarà fatta la relazione da uno dei giudici deputato a tal affetto dalla sentenza medesima.

1399. *Il Giudice ricusato può concorrere nella sentenza di cui parla l'art.* 385 † 478 ?

No senza dubbio. — (*Vedi la quist.* 1344 *e* 1358, *e Rodier sull'art.* 24 *dell'ordinanza*).

Che anzi fu benanche deciso , con arresto del parlamento di Grenoble, citato da Berriat Saint-Prix, pag 331, not. 31 , che i giudici parenti del ricusato non debbono prender parte a siffatta sentenza, allorchè trattasi del suo interesse o del suo onore.

Noi però crediamo che cotesti giudici non sieno obbligati di astenersi dal giudicare ; poichè, come dirassi nella quistione 1402, il giudice ricusato, a dir vero, non è parte nell'incidente di ricusazione , e la legge non vuole che un giudice si astenga, se non quando esiste un motivo di ricusazione. — (*Vedi Cassaz.* 30 *nov.* 1809, *Sirey*, *tom.* 10, *pag.* 209; *Supra.* n. 1351).

1400. *Ma potrebbe il tribunale, nel numero rimasto dopo la esclusione del giudice ricusato o che siasi astenuto , pronunziare sulla ricusazione o sulla dichiarazione del giudice di volersi astenere ?*

In entrambi i casi il tribunale debb' essere composto del numero de' giudici necessari per pronunziare una sentenza in merito;fa d'uopo per conseguenza completare il tribunale come nei casi ordinari.

Art. 386 † 479. *Il giudice ricusato fa la sua dichiarazione in cancelleria a piè dell' originale dell'atto di ricusa.*

CCCXVIII. In esecuzione della sentenza che ammette la ricusazione, il giudice ricusato portasi in cancelleria, e dà la richiesta spiegazione ch'egli scrive a piè dello stesso originale dell'atto di ricusa.

Fatta tale dichiarazione , il pubblico ministero ed il giudice relatore prendono comunicazione de'documenti,mettendosi così alla portata, l'uno per fare il suo rapporto, l'altro per dare le sue conclusioni nel giorno stabilito per l'udienza.

1401. *Qual' è l' oggetto della dichiarazione ordinata dall'art.* 386 † 479?

L' oggetto di questa dichiarazione si è che il giudice si spieghi sulle cause di ricusa, sia confessandole, sia contraddicendole, sia finalmente presentando a tale oggetto tutte le spiegazioni che potranno mettere il tribunale alla portata di giudicare con conoscenza di causa.

1402. *La dichiarazione fatta dal giudice , colla quale contraddice i motivi di ricusa , lo renderebbe parte nell'incidente ?*

No, siccome venne formalmente ritenuto con decisione della Corte di cassazione, dei 21 novembre 1809. (*Vedi Sirey* , *tom.* 10 , *pag.* 80.) Leggesi in questa decisione che dal confronto dei diversi articoli relativi alla ricusazione risulta,che il giudice ricusato non reputasi parte nell'incidente.

In conseguenza di cosiffatto principio, e pel motivo inoltre che il Codice di procedura ha regolato e determinato (*vedi l'art* 505 † 569) i casi in cui un giudice può esser preso a parte, senza comprendervi quello in che egli contraddice alla dimanda di ricusa formata contro di lui, la stessa decisione stabilisce che il giudice il quale non si astiene, ma per lo contrario impugna i motivi della ricusa, non può esser condannato alle spese dell'incidente, allorchè la detta ricusa è ammessa.

Art. 387 † 480. *Contando dal giorno in cui il tribunale ha ordinato la detta comunicazione, resta sospesa qualunque sentenza ed operazione. Se però una delle parti pretende che l'operazione sia urgente,e pericoloso il ritardo, l'incidente è portato all' udienza con un semplice atto, ed il tribunale può ordinare che vi proceda per mezzo di un altro giudice.*

Ordinanza del 1667, tit. 21, art. 7 , e part. 2 , tit. 24, art. 22. — C. di P. art. 391.

CCCXIX. A contare dal giorno in cui è ammessa la ricusa ed ordinata la comunicazione, saranno sospese tutte le sentenze ed operazioni sulla causa principale ; perciocchè il giudice ricusato dovendo provvisoriamente astenersi finchè non siasi definitivamente pronunziato sulla ricusazione, trovasi il tribunale momentaneamente incompleto (1).

(1) Nulladimeno se una delle parti pretende che sia urgente o di ordinare una operazione , o di procedere a quella già ordinata, se debbesi giudicare qualche dimanda provvisoria , la quale non può soffrire alcun ritardo , per esempio , se trat-

1403. *Se il giudice delegato non fu preso fra quelli che compongono il tribunale, e venga ricusato, a qual tribunale bisogna rivolgersi per far delegare un'altro giudice?*

Noi crediamo che il tribunale al quale appartiene il giudice commessario possa ordinarne il rimpiazzo, allorchè il tribunale in cui pende la causa l'abbia incaricato di fare la delegazione; ma nel caso in cui quest' ultimo tribunale abbia direttamente delegato un dato giudice indicato da lui, per esempio, allorchè avesse particolarmente designato il presidente o il giudice più antico di un' altro tribunale, siccome ne ha il dritto, giusta l'art. 1035+1112 del codice civ. (*vedi la quist.* 1398), allora soltanto il tribunale delegante potrà rimpiazzare il giudice commessario delegato.

1404. *Si può forse, se sia urgente far pronunziare una sentenza interlocutoria o provvisionale, dimandare al tribunale che faccia rimpiazzare il giudice ricusato, affinchè possa pronunziare la detta sentenza?*

Attenendosi alle espressioni della legge, si è creduto che la stessa non abbia affatto voluto accordare siffatta facoltà alle parti: TUTTE LE SENTENZE ed operazioni, dice l'art. 387, saranno sospese; non ammettendo in seguito che una eccezione risguardante le operazioni.

Comunque sia, Pigeau, tom. 1, pag. 432, e Hautefeuille pag. 205, risolvono affermativamente la proposta quistione, avvisando che si possa chiedere l' udienza, per ottenere una sentenza interlocutoria o provvisionale, che il tribunale potrebbe rendere, facendo rimpiazzare il giudice ricusato.

Tale però non è la nostra opinione, e crediamo pure che quella dei citati autori sia contraria al testo della legge.

1405. *Sarebbero nulle le sentenze pronunziate o le operazioni fatte malgrado il divieto dell'art.* 387?

Questa appunto è la nostra opinione, fondata sul motivo che l'art. 1030+1106 non applicasi, secondo noi, se non agli atti di citazione e a quelli di procedura fatti da ufficiali ministeriali, e non già agli atti del ministero del giudice. Laonde, secondo le circostanze, vi ha luogo a produrre appello, o ricorso per annullamento. — (*Vedi la quist. di Lepage, pag.* 256).

ART. 388 + 481. *Se il giudice ricusato ammette i fatti addotti in appoggio dell'atto di ricusa, o se tali fatti sono provati, il tribunale ordina che il giudice abbia ad astenersi.*

Ordinanza, tit. 24, art. 15.

CCCXX. Se colla sua dichiarazione il giudice ricusato conviene dei fatti che han dato luogo all'atto di ricusa, la sua confessione, che in tal caso costituisce una prova sufficiente, non può essere contraddetta da alcuna delle parti. In conseguenza il tribunale dichiara valida e ben fondata la ricusazione, ed ordina che il giudice ricusato si astenga, riserbando le spese alla sentenza definitiva, da pagarsi da quella parte che soggiacerà in giudizio (1).

ART. 389 + 482. *Se la parte che ricusa un giudice, non presenta prova scritta, e principio di prova delle cause della ricusa, dipenderà dalla prudenza del tribunale di rigettarla dietro la semplice dichiarazione del giudice, o di ordinare la prova testimoniale.*

C. C. art. 1547 e 1548.

CCCXXI. Se la parte che ricusa un giudice non può presentare una prova per iscritto, ma somministri soltanto un principio di prova delle cause della ricusazione, offrendo di completarla per mezzo di una prova testimoniale, il tribunale deve accogliere la di lei offerta, ed autorizzarla a far esaminare i suoi testimoni, secondo la forma ordinaria.

Ma ove la parte ricusante non somministri nè prova per iscritto, e nemmeno un principio di prova, la legge lascia alla prudenza del tribunale o di rigettare la ricusazione sulla semplice dichiarazione del giudice ricusato, o di ammettere la parte ricusante a far la prova per mezzo di testimoni (2).

tasi di comprovare lo stato dell' oggetto o di un luogo che può cambiare; o di far sentire de' testimoni che stanno per allontanarsi; o di sottrarre un ricolto ec. l' incidente è portato all' udienza con un' semplice atto., ed il tribunale dopo di aver chiamato un giudice in surrogazione di quello che fu ricusato, bilancia la circostanza, e se la trova urgente, ordina, secondo i casi, o che l' operazione sia fatta, o che vi si proceda da un altro giudice ec.

(1) La stessa decisione ha luogo se il giudice ricusato, non essendosi spiegato su' fatti, o avendoli travisati, il ricusante ne fornisca la pruova per iscritto.

(2) Quando è ordinata la pruova testimoniale

Terminata la prova chiedesi l'udienza con un semplice atto; il relatore ed il pubblico ministero prendono novellamente la parola, ed il tribunale pronunzia diffinitivamente sulla ricusazione.

Art.390 † 483. *La parte la cui ricusazione è stata dichiarata insussistente o inammissibile, vien condannata ad una multa ad arbitrio del tribunale, non minore di 100 franchi, senza pregiudizio dell'azione del giudice per riparazione pei danni ed interessi, se vi ha luogo; in questo caso però il giudice dovrà astenersi* (1).

Ordinanza, tit. 24, art. 29 e 30 — C. di P. art. 314, 1029.

CCCXXII. La ricusazione può essere rigettata come insussistente, come inamissibile, o come mal fondata.

Si è veduto che può essere rigettata a prima giunta come insussistente, quando i fatti allegati da colui che ricusa non son di natura tale da costituire una causa di ricusazione.

È rigettata come inamissibile, allorchè nel giorno della udienza indicato dalla sentenza che dichiarava la ricusa sussistente, si verifica non esser stata proposta nel termine dalla legge prescritto.

Finalmente vien giudicata mal fondata quando la parte ricusante non ha fornito la prova dei fatti allegati o delle cause di ricusa.

1406. *L'attore soggiace alla pena dell'ammenda, sia nel caso in cui la ricusazione è giudicata insussistente o inamissibile, sia nel caso in cui è giudicata mal fondata?*

Secondo le espressioni dell'art. 390† 483, *la parte la cui ricusazione sarà stata dichiarata* INSUSSISTENTE *o inamissibile*, potrebbe supporsi che la condanna all'ammenda avrebbe luogo sol quando la ricusazione fosse rigettata dalla sentenza pronunziata, uniformamente all'art. 385 †478; perciocchè, dicevasi, a quest'epoca della procedura soltanto il tribunale pronunzia che la ricusazione è *insussistente* o *inamissibile*, sia perchè non fondata sopra legittime cagioni, sia perchè non proposta nei termini dalla legge prescritti.

Ma se riflettesi, 1. che l'art. 29 del tit. 24 dell'ordinanza del 1667 stabiliva incorrersi nell'ammenda allorchè dichiaravansi le ricuse *non pertinenti ed insussistenti*, o allorchè erano rigettate perchè sfornite di prove; 2. che non esiste alcun ragionevole motivo perchè il legislatore nel mentre pronunzia l'ammenda contro l'attore allorchè la ricusa è rigettata dalla sentenza renduta, in conformità dell'art. 385, ne lo avesse poi dispensato, ove il rigetto della ricusa provviene in esecuzione dell'art. 390. Che anzi se si osserva che la parte la quale ha ricusato un giudice per un falso motivo, è più degna di riprensione di quella che ha invocato un motivo non ammesso dalla legge, ovvero che non abbia formata la ricusa nel termine prescritto, bisognerà allora indubitatamente convenire con Pigeau, tom. 1. pag. 434, e Demian Crouzilhac, pag. 285 che l'ammenda debbe in tutt' i casi pronunziarsi.

Art. 391 † 484. *Qualunque sentenza profferita sulla ricusazione de' giudici, nelle cause eziandio in cui il tribunale di prima istanza giudica inappellabilmente è suscettibile di appellazione; se però la parte pretende che per l'urgenza dell'affare sia necessario di procedere ad un'operazione in pendenza dell'appello, l'incidente è portato con un semplice atto al-*

nulla impedisce di delegare, per sentire i testimoni, il giudice nominato relatore colla prima sentenza.

(1) GIURISPRUDENZA.

Allorchè furono ricusati più membri di un tribunale e gli altri si sono astenuti, le cagioni della ricusa, prima di presentarsi alla corte, debbono essere giudicate da un primo tribunale, poichè l'art. 391 †484 dichiara che ogni sentenza di ricusa è soggetta all'appello; ma poichè più giudici sono ricusati, e gli altri si sono astenuti, le cause di ricusa non possono esser giudicate dallo stesso tribunale.

Evvi conseguentemente luogo ad autorizzare la parte ricusante a notificare e citare la parte avversa innanzi alla corte di appello, conformemente all'art. 364 †456, per l'indicazione de' giudici, onde pronunziare sulle ricuse. — (*Rennes*, 7 *novembre* 1807).

Nota. *Si osserverà che questa decisione della corte di Rennes nulla ha di contrario a ciò che abbiam stabilito sull'articolo* 368 † 460, *quist.* 1337, *attesochè in quel caso trattavasi soltanto di ricuse parziali. Or non poteva esservi luogo nè alla dimanda di rimessione a causa di sospensione legittima, poichè tutt' i membri del tribunale non erano ricusati, nè alla dimanda* d'indicazione de' giudici *per pronunziare sul merito della causa, poichè quelli ch' erano stati ricusati non avendo data acquiescenza alla ricusa, poteva accadere, s' era rigettata, che il tribunale potesse essere completato.*

l'udienza, ed il tribunale, che avesse rigettata la ricusa, può ordinare che si proceda all'operazione per mezzo di un altro giudice.

Ordinanza, tit. 24, art. 26—C. di P., art 376, 387.

CCCXXIII. Il modo generale con cui è espresso il presente articolo fa abbastanza conoscere che si può appellare, 1. dalla sentenza che dichiara la ricusazione insussistente; 2. da quella che la dichiara inamissibile; 3. da quella che ne ordinava la prova, essendo interlocutoria; 4. e finalmente da quella che dichiara la ricusa mal fondata (1).

1407. *La parte avversa a quella che ricusa può appellare dalle sentenze pronunziate sulla ricusazione?*

Pigeau, tom. 1, pag. 435, Lepage, nelle sue quistioni, pag. 257, ritengono la negativa, fondandosi sul motivo che gli art. 391 e 496 † 484 e 489 parlano soltanto della sentenza che rigettò la ricusazione, e per conseguenza dell'appello prodotto dalla parte che aveva agito per la ricusa: per lo che tacitamente vengono a vietare l'appello dalla sentenza che ammise la detta ricusa, divieto nascente dalla ragione che il dritto di appellare da una sentenza appartiene soltanto a quelli che intervennero in giudizio. Or la parte avversa a quella che propone la ricusa non interviene nell'incidente, poichè la legge non obbliga quest'ultimo a notificarle alcun atto, nè in prima istanza, nè in grado di appello.

D'altronde, aggiunge Pigeau, la sentenza che ammise la ricusa non reca alcuno torto alla parte avversa a colui che la propose, poichè il giudice ricusato è rimpiazzato da un'altro o da un giudice supplente.

Demiau, pag. 286, nel convenire che il legislatore sembra non aver supposto il dritto dell'appello se non per parte di colui che ricusa, nulladimeno sostiene che ciò non esclude che anche le altre parti possano produrre appello. D'altra banda, Berriat Saint-Prix, pag. 332, nota 38, combatte la opinione di Pigeau, opponendo, 1. che, secondo l'art. 391, ogni sentenza sulla ricusa è suscettibile di appello; donde siegue che, nol proibendo la legge, ciascuna parte può appellare; essendo l'appello un vantaggio di dritto comune, da potersene usare finchè non sia formalmente vietato; 2. che dando la legge alle parti la facoltà di contraddire la rimessione della causa ad un'altro tribunale per causa di parentela, avvi la stessa ragione di accordar loro quella d'impugnare la ricusazione, e per conseguenza la sentenza che l'autorizza; 3. finalmente cosiffatto avviso è uniforme all'antica giurisprudenza.

In effetto dice Rodier, sull'art. 26 del tit. 22 dell'ordinanza, che sebbene le ricuse sieno giudicate senza la intervenzione della parte avversa, *egli è per altro permesso a ciascuna parte di produrre appello.*

Quello però che ci determina ad adottare siffatta opinione sono le espressioni dell'art. 391, *tutte le sentenze sulla ricusa*, le quali, secondo noi, comprendono indistintamente qualunque sentenza profferita sulla ricusazione, val dire tutte quelle da noi indicate nella precedente quistione, e quelle che ammettono la ricusa, sia nel rito, sia nel merito; perciocchè tutte queste sentenze son *profferite sulla ricusazione*. Che se gli articoli 301 e 396 come afferma Pigeau, parlano delle sentenze che rigettarono la ricusa, si è per enunciare le disposizioni particolari a questo caso; disposizioni dalle quali non può trarsi la illazione che le espressioni di cui abbiam parlato non debbansi intendere nella loro generalità (2).

1408. *Ma può benanche il giudice ricusato appellar dalla sentenza la quale dichiara che la ricusa è ammessa e che egli si astenga?*

Niuna disposizione del Codice, dice Pigeau, *ubi supra*, accorda formalmente al giudice ricusato il dritto di appellare dalla sentenza di ricusa. Pertanto questo scrittore, al pari di Lepage, nelle sue Quistioni, pag. 258, rico-

(1) Vedi Pigean, tom. 1, pag. 436, Pratici tom. 2, pag. 397; Demiau Cronzilhac, pag. 268 e la seguente quistione.

(2) Tal'è pure l'opinione di Ponger, pag. 265, il quale conchiude con ragione, che competendo all'avversario del ricusante il dritto di produrre appello, ha benanche quello d'impugnar la ricusa in prima istanza. E di fatti se la ricusa è un favore introdotto nell'interesse di una parte, l'avversario dee poter far uso di tutt'i mezzi legittimi per impedire che questo favore si volga in suo pregiudizio; in questo senso appunto noi abbiamo riguardato la controversia di quest'ultimo come dipendente dalle disposizioni del codice, il quale tende a conciliare gl'interessi delle parti, del pubblico e de' magistrati. — (*Vedi i preliminari a questo titolo.*)

nosce un tal dritto nel giudice, il cui onore viene ad essere compromesso dalla sentenza che ammette la ricusa.

Berriat Saint-Prix, *ubi supra*, osserva che negli altri casi diversi da quelli di cui parla Pigeau, potrebbesi forse sostenere esser vietato l' appello al giudice ricusato, attesochè la legge, propriamente parlando, non considera il giudice, *come parte*, almeno secondo che risulta dall' arresto della Corte di cassazione, dei 13 novem. 1809, citato sulla nostra quistione 1402.

Bisogna qui osservare che Rodier, sull' art. 26 dell' ordinanza, diceva pure che il giudice poteva appellar da una sentenza profferita sulla ricusazione la quale ferisse il suo interesse o il suo onore, mentre che Serpillon, sullo stesso articolo, cita un' arresto del Parlamento di Dijon il quale indistintamente decide che il giudice ricusato non può appellare avverso la sentenza che dichiara valida la ricusazione.

Demiau Crouzilhac, pag. 287, ammette l' appello per parte del giudice, non solamente nei casi di cui abbiam parlato, ma benanche in quello in cui avesse formato la dimanda per i danni ed interessi. Noi dividiamo quest' ultima opinione, perciocchè il giudice in tali circostanze ha un' interesse personale alla riforma della sentenza; ma intendesi già, che appellandoegli per qualunque altra causa, o nella sola idea di rimaner giudice, il suo appello sarebbe inamissibile (1).

1409. *La parte avversa a quella che ricusa o il giudice ricusato può produrre opposizione alla sentenza pronunziata sulla ricusazione?*

Secondo Rodier, sull' art. 26, la parte avversa a quella che ricusa poteva, sotto l' impero dell' ordinanza, produrre opposizione alla sentenza; ma il giudice non poteva gravarsene se non per mezzo dell' appello, essendosi egli difeso su motivi di ricusa. Però Demiau Crouzilhac, pag. 286, dice che il giudice, del pari che la parte, debbe a preferenza avvalersi del mezzo della opposizione, il quale, a suo avviso, gli compete per la ragione di non essere stato inteso nella sentenza.

Noi non crediamo che siffatta opinione possa conciliarsi colle disposizioni del Codice di procedura, le quali ammettono unicamente l' appello, e non dicono come il citato articolo dell' ordinanza, che le sentenze pronunziate sulla ricusa saranno ammesse non ostante *opposizione* o appello (2).

ART. 392 † 485. *Chi vuole appellare, è tenuto di farlo entro giorni cinque dalla sentenza con un atto di cancelleria, il quale debb' essere motivato, ed enunciare il deposito fatto in cancelleria dei documenti allegati a sostegno della istanza.*

C. di P. art. 377, 369, 1035.

ART. 393 † 486. *La spedizione dell' atto di ricusazione, della dichiarazione del giudice,*

(1) Del resto, la corte soprema, come Berriat procura di fare osservare nel terminar la sua nota 38, pare che anche al presente consideri il giudice come *parte*, poichè in due decisioni, l' una del 24 ottobre 1826 decise sul ricorso di due giudici ricusati (uno di essi avea appellato dalla sentenza di ricusa), mentre che in un sistema diverso da quello che noi sosteniamo, essa l' avrebbe senza dubbio dichiarati puramente inammissibili.

È inutile il dire che la parte avversa del ricusante, o il giudice ricusato non può essere citato in appello: ciò risulta dal complesso delle disposizioni del codice e dell' art. 391, e tal' era pure l' antica giurisprudenza. — (*Vedi Serpillon sull' art. 26 dell' ordinanza.*)

(2) D' altronde qual sarebbe il termine di questa opposizione? E quale in conseguenza sarebbe il procedimento da tenersi? La legge nulla ne dice. Si seguiranno forse le regole ordinarie? L' incidente sarà prolungato, mentre il legislatore ha fatto tutto ciò che da lui dipendeva per affrettarne la decisione. — (*Vedi gli art.* 394 † 487 e 395 † 488.)

Si dimanda è vero, come lo domandò la corte di Agen, relativamente alle sentenze di rimessione, quale, se non quello della opposizione, sarà il rimedio competente contro di una decisione di ricusa profferita da una corte di appello? Si dirà che Rodier sull' art. 26 ammetteva l' opposizione, se queste sentenze emanavano da giudici in ultima istanza. Ma questa opinione nulla decide relativamente alla sentenza in prima istanza, e Rodier medesimo diceva non esservi contro di esse che il rimedio dell' appello.

In quanto alle decisioni pronunziate dalle corte di appello, sulla ricusa de' loro membri, si potrebbe forse seguire l' opinione di Rodier; ma noi ripetiamo che il codice non si spiega in nessun luogo sull' opposizione; che il legislatore non ha avuto alcun riguardo all' anzidetta osservazione della corte di appello poichè egli ha taciuto, e per conseguenza bisogna conchiudere che non ha inteso di autorizzare altro gravame contro le decisioni sulla ricusa, se non il ricorso per annullamento.

della sentenza, dell' atto di appello, e gli uniti documenti si rimettono dal cancelliere entro tre giorni, ad istanza ed a spese dell' appellante, al cancelliere della corte reale.

C. di art. 377.

ART. 394 † 487. *Il cancelliere della corte di appello, entro tre giorni dalla ricevuta, presenta le dette carte alla corte, la quale destina un giudice per farne la relazione, ed indica il giorno in cui si passerà alla decisione; dietro la relazione e sentito il pubblico ministero, la corte pronunzia all' udienza la sua decisione, senza che vi sia bisogno di chiamare le parti.*

Ved. lo stesso art. 367, lo stesso Tit. 24, art. 27 dell' ordinanza.

ART. 395 † 488. *Entro 24 ore dalla spedizione il cancelliere della corte reale dee rimandare al cancelliere del tribunale di prima istanza i documenti che gli erano stati trasmessi.*

Vedi l' art. 377, conseguenza dell' art. 392.

ART. 396 † 489. *Entro di un mese dal giorno della sentenza di prima istanza che rigetta la ricusazione, l' appellante è tenuto di notificare alle parti la decisione delle corti di appello, o un certificato del cancelliere di detta corte, comprovante che la corte non ancora ha pronunziato, e contenente l' indicazione del giorno fissato dalla medesima per la sua decisione. Mancando l' appellante di fare la detta notificazione, la sentenza profferita in prima istanza sarà provvisionalmente eseguita; e sarà valido e sussistente tutto ciò che sarà operato conseguentemente a detta sentenza, quantunque la corte di appello ammettesse poscia la ricusazione*

T. 70

CCLXXIV. Per le sentenze profferite sulla ricusazione vi ha una particolare procedura, la quale, come rilevasi dai cinque precedenti articoli, è *semplice* (1) e rapida. Non bisogna, disse l' oratore del Governo, che l'integrità del magistrato resti lungo tempo in sospetto.

(1) Perciò non dobbiam dare su questi articoli se non se le semplici spiegazioni le quali formano il presente comentario, che abbraccia tutte le loro disposizioni.

Colui che vuol produrre appello da una sentenza pronunziata sulla ricusa, non può farlo che nel termine di cinque giorni.

Questo termine comincia a decorrere, non già dalla *notificazione*, ma dalla semplice pronunziazione della sentenza (2).

La parte la quale vuol produrre appello, portasi in cancelleria, assistita dal suo patrocinatore. Colà fa la sua dichiarazione di appellare con un'atto *motivato*, che deve contenere, indipendentemente dai motivi, le conclusioni, e la enunciazione de'documenti esibiti per fondamento dell' appello.

La legge non esige espressamente che l'atto di appello, come quello di ricusazione, sia sottoscritto dalla parte, o dal suo procuratore munito di procura speciale ed autentica. Laonde l'appello non sarà nullo per la ragione di essere stato sottoscritto soltanto dal patrocinatore (*vedi Demiau Crouzilhac, pag.* 187); ma bisogna rimarcare che qualora il patrocinatore non giustifichi di aver ricevuta sufficiente autorizzazione per sottoscrivere un tal'atto, esporrebbesi alla disapprovazione (3).

L'appello dalla sentenza profferita sulla ricusazione è sospensivo, come generalmente è quello prodotto avverso qualunque altra sentenza: che anzi in questo vi ha dippiù, che il tribunale non può ordinare la esecuzione provvisionale. Nulladimeno s'è urgente di procedere a qualche operazione per la quale è deputato il giudice ricusato, l'incidente con un semplice atto portasi innanzi al tribunale il quale ha rigettato la ricusazione, ed il tribunale può ordinare che si proceda all'operazione con un altro giudice che esso incarica invece del primo.

Fra tre giorni seguenti a quello in cui si è

(2) Noi crediamo che detto termine è perentorio, sebbene dalla corte di Bordò al dì 8 giugno 1809 (Sirey, tom. 9, pag. 297), sia stato deciso il contrario, applicando l'art. 1030 † 1106, il quale unicamente riguarda la omessione delle formalità prescritte per gli atti della procedura, e non le obbligazioni imposte alle parti, com'è quella che prescrive l' art. 392 † 485 con queste parole, *chi vuole apellare è tenuto.* (*Vedi Demiau Crouzilhac, pag.* 288.)

(3) Laonde la prudenza esige che i patrocinatori si muniscano anticipatamente di una procura speciale, che riesce lor facile farsi rilasciare nel tempo stesso di quella per la ricusazione; perciocchè, siccome dice Lepage, nelle sua quistioni, pag. 258, il caso dell' appello può sempre prevedersi.

fatta la dichiarazione di appello in cancelleria del tribunale che pronunziò la sentenza, il cancelliere del detto tribunale, qualora ne sia richiesto dall'appellante, e paghi le spese necessarie, è obbligato d'inviare al cancelliere della Corte di appello, 1. la spedizione dell' atto di ricusa; 2. quella della dichiarazione del giudice ricusato; 3. quella della sentenza contro di cui producesi appello; 4. e finalmente quella dell'atto di appello, e degli annessi documenti.

A sua volta il cancelliere della corte di appello nel corso di tre giorni da che gli saran pervenuti tutti i detti documenti, dovrà presentarli alla Corte, la quale indicherà il giorno della decisione, e deputerà per tale oggetto uno dei giudici.

Nel giorno stabilito per la udienza, il giudice commessario fa la sua relazione, il ministero pubblico dà le sue conclusioni, e la Corte pronunzia definitivamente sull' appello, senza bisogno di citare le parti.

Se la decisione è favorevole all'appellante, questi deve prontamente prenderne la spedizione, dopo di che il cancelliere della Corte di appello, che non ha più alcuna ragione per ritenere presso di se i documenti, è obbligato nello spazio di ventiquattr' ore di rimandarli al cancelliere del tribunal civile. Se la decisione ha confermata la sentenza di prima istanza, potrebbesi, a rigore, far di meno di prenderne spedizione, salvo al cancelliere della Corte di appello a farsi rilasciare un atto esecutivo pel pagamento de' suoi dritti per le spese erogate.

Noi abbiam detto che l'appello avverso qualunque sentenza profferita sulla ricusazione era sospensivo: ma tale sospensione non deve degenerare in abuso e addivenire un mezzo di paralizzare illimitatamente l'azione principale. Per lo che la legge prescrive, che se nel corso di un mese dalla sentenza profferita in prima istanza, l'appellante non ha fatto notificare la decisione definitiva della Corte di appello o almeno un certificato del cancelliere di detta Corte, il quale dichiari che non ancora è stato deciso sull'appello, e colla indicazione del giorno che la Corte avrà stabilito per decidere, la sentenza che avrà rigettata la ricusazione sarà provvisoriamente eseguita, e sarà valido tutto quello che si farà in conseguenza di essa, anche nel caso in cui la ricusazione fosse ammessa di poi nel giudizio di appello.

Modello di sentenza che in vista della dichiarazione del Giudice ordina che lo stesso debba astenersi.

Il giorno 11 maggio 1807, il tribunale di prima istanza di . . . nella camera del consiglio, presente il procuratore del re, il signor M. . . . uno de' giudici ha esposto, che il signor Dionigi proprietario domiciliato in . . . . strada . . . numero . . . ha citato innanzi al tribunale il signor Giovanni, ugualmente proprietario, dimorante in . . . strada . . . numero . . . per sentirsi condannare a pagargli un obbligo di duc. 300; e che esso dichiarante essendo cugino germano del detto signor Dionigi, non può decidere su questa causa, e si è firmato.

E' su di ciò il tribunale, udito il procuratore del re e le sue conclusioni; considerando che il signor M. . . è cugino germano del signor Dionigi, e che ai termini dell'art. 470 del cod. di proc. civ. il giudice che sia parente in grado di cugino germano di una delle parti, è soggetto a ricusa;

Da atto al signor M. . . della sopraddetta sua dichiarazione, e ordina che si astenga dal pronunziare nella causa tra il signor Dionigi e il signor Giovanni.

Fatto nella camera del consiglio del tribunale di prima istanza di . . . il dì . . . . mese ed anno, come sopra.

Modello di atto di ricusazione.

Oggi . . . è comparso nella cancelleria del tribunale di . . . il signor Dionisio proprietario dimorante in . . . strada . . . numero . . . assistito dal signor M. . . suo patrocinatore;

Il quale ha richiesto che il signor . . . uno de' giudici del tribunale debba astenersi dalla causa pendente tra il comparente ed il signor Giovanni attesochè il signor . . . è cugino germano di quest' ultimo. Della qual dimanda a richiesta del detto signor Pietro si è redatto il presente atto che si è firmato col detto sig. M. . .

Modello di sentenza che dichiara inammessibile la ricusa.

Il tribunale di . . . ha profferita la seguente sentenza;

Veduta la spedizione dell' atto ricevuto nella cancelleria del tribunale fatto il dì . . . con cui il signor Dionisio attore, ha ricusato il signor C . . . giudice in questo tribunale, nella causa che pende tra lui ed il signor C . . . è cugino germano di esso signor Giovanni.

Udito il rapporto del presidente signor M. . . ed il procuratore dal re nelle sue conclusioni;

Considerando nel fatto, che il signor C. . . non è cugino germano del signor Giovanni, ma che questi era cugino germano della signora D. . . moglie del signor C . . . morta senza figli; con-

siderando in dritto che, giusta l'art. 470 del cod. di proc., il giudice affine in questo grado per parte della moglie morta senza figli, non è ricusabile;

Il tribunale ordina che senza aversi riguardo alla detta ricusa, la quale si dichiara inammessibile il signor C . . . resti giudice nella causa: ordina farsi menzione dalla presente sentenza al margine o in dorso del detto atto di ricusa; obbligando, anche coll'arresto personale, il cancelliere signor . . . depositario del detto atto, a farla. Condanna Dionisio a ducati dieci di ammenda ed alle spese del giudizio di ricusa.

Modello di sentenza che ordina la comunicazione della ricusa; nomina un relatore, e stabilisce il giorno della relazione.

Il tribunale di... ha emessa la seguente sentenza.

Veduta la copia di un atto ricevuto dalla cancelleria del tribunale fatta il dì . . . col quale il signor Dionisio proprietario dimorante in . . . strada . . . . n. . . , ha ricusato il signor . . . uno de' giudici del tribunale, nella causa vertente tra esso signor Dionisio da una parte, ed il signor Giovanni dall'altra, perchè detto signor ... è cugino germano del predetto signor Dionisio;

Udita la relazione del signor presidente, ed il procuratore del re nelle sue conclusioni;

Considerando che ai termini dell'art. 470 del Cod. Civ. il giudice ch'è cugino germano di una parte è soggetto alla ricusa, e che perciò quella proposta dal signor Dionisio contro il signor . . . è ammessibile, salva la verificazione de' fatti su cui è fondata;

Dichiara ammessibile la ricusa proposta dal detto signor Dionisio contro il signor . . . ed in conseguenza ordina. 1. che la copia dell'atto di ricusa sufmmentovata sarà comunicata al signor . . . perchè si spieghi in termini precisi su' fatti di detta ricusa nel termine di giorni . . . ; 2. che il predetto atto unitamente alla dichiarazione in risposta che sarà fatta dal signor . . . verranno comunicati al procuratore del re, e rimessi in seguito al signor. . . uno de' giudici, per farne la sua relazione all' udienza nel di . . .

Fatto e giudicato ec.

Modello di dichiarazione del giudice ricusato.

Oggi . . . mese. . anno. . . è comparso nella cancelleria del tribunale di... il signor... uno de' giudici del medesimo, il quale, dopo essergli si data lettura da noi sottoscritto cancelliere 1. della minuta della sentenza la quale ordina che l'atto di ricusa sunnominato gli venga comunicato perchè si spieghi sopra l'atto suddetto; 2. del detto atto di ricusa; dichiarato esser cugino germano del signor Pietro attesocchè sua madre ed il padre del detto signor Pietro erano fratello e sorella.

Della quale dichiarazione si è formato il presente atto, firmato dal detto sig.... e da noi cancelliere.

Modello di atto per far nominare altro giudice in vece del ricusato, in caso di urgenza.

Ad istanza del signor Dionisio s'intima il signor . . . patrocinatore del signor Pietro di assistere all' udienza del tribunale di . . . il . . . per sentir ordinare che si proceda all'esame ordinato con sentenza del. . . e ciò dal giudice che al tribunale piacerà delegare invece del signor . . . ch' era stato delegato con la detta sentenza, e ricusato dal signor Dionisio con atto del . . . Attesochè i testimoni che vuol fare esaminare il detto signor Dionisio possono morire o assentarsi prima che si decida sulla proposta ricusa, è cosa urgente che si proceda al detto esame prima della sentenza sulla ricusa

Copia del presente atto ec.

Modello di sentenza che ordina al giudice di astenersi.

Il tribunale . . . , ha emessa la seguente sentenza.

Vista 1. la copia dell'atto contenente la ricusa fatta dal signor . . . . uno de' giudici del tribunale, come cugino del signor . . . col quale il detto signor Pietro è in lite avanti al tribunale; — 2. la sentenza del dì 22 dell'istesso mese, che dichiara ammessibile la detta ricusa, e ordina che venga comunicata al signor . . . perchè si spieghi su' fatti in essa contenuti; 3. la copia di un atto ricevuto nella cancelleria sotto il dì 24 dell'istesso mese, col quale il signor. . . ha dichiarato di esser cugino germano paterno di detto signor Paolo;

Udito il procuratore del re nelle sue conclusioni; e la relazione del signor . . .

Considerando, che a' termini dell'art. 470 del Cod. di proc. civ. il giudice ch'è parente di una delle parti fino al grado di cugino germano, è soggetto ad essere ricusato, e che il signor. . . essendo cugino germano del signor Pietro, la ricusa è ben fondata;

Dichiara buona e valida la ricusa formata dal signor Dionisio contro il signor . . . nella causa pendente contro il detto signor Dionisio da una parte e il signor Giovanni dall' altra, in conseguenza ordina che il signor . . . debb' astenersi nella predetta causa.

Fatto e giudicato ec.

Modello di sentenza che dichiara la ricusa non ammessibile e mal fondata.

Il tribunale civile di. . . , ha emessa la seguente sentenza.

Vista 1. la copia di un atto ricevuto nella cancelleria del tribunale nel dì . . . , portante che il sig. Dionisio, proprietario dimorante in . . . strada . . . n. . . ha ricusato il signor . . . uno de' giudici del tribunale nella causa che verte tra esso ed

il signor Giovanni, sul fondamento che ha sostenuto un giudizio civile col signor . . . innanzi al tribunale civile di . , . terminato sono ormai due mesi; 2. la sentenza emessa del tribunale a' 12 dello stesso mese che ha dichiarato ammessibile la detta causa di ricusa; 3. la copia di un atto ricevuto nella cancelleria a di 24 del suddetto mese, col quale detto signor. . . ha dichiarato esser vero il giudizio contro il signor Dionisio nel tribunale di prima istanza di . . . ; ma che tal causa è terminata da sei mesi e più mediante una sentenza inapellabile del dì . . . il che ha provato esibendo una copia di detta sentenza.

Udito il procuratore del re nelle sue conclusioni, e la relazione fatta dal sig.... nominato a tal uopo.

Considerando che il giudice che ha sostenuto una causa civile contro una delle parti, non può essere ricusato, quando questa causa è terminata con una sentenza inappellabile sei mesi prima della dedotta ricusa, art. 470;

Considerando che il giudizio nel tribunale di... tra il signor. . . da una parte ed il signor Dionisio dall' altra, e terminato con una sentenza inappellabile sei mesi prima della dedotta ricusa, stante che la sentenza è del 12 maggio 1806, e la ricusa è del 20 marzo ultimo passato.

Dichiara la detta ricusa mal fondata; in conseguenza condanna il signor Dionisio all' ammenda di ducati dieci, ed alle spese dell' incidente.

Fatto e giudicato ec.

Se la ricusa è inammessibile la sentenza debb' essere così concepita.

Considerando che à termini dell' art. 475 del cod. di proc. civ., la ricusa debb' esser proposta innanzi che sia cominciata la discussione della causa, allorchè la causa s' istruisce mediante semplice contraddittorio; che ai termini dell' art. 437 la discussione si reputa cominciata, allorchè le conclusioni delle parti sono state prese rispettivamente all' udienza;

Considerando che nella causa pendente innanzi al tribunale tra il signor Dionisio da una parte ed il signor Giovanni dall' altra, gli avvocati delle parti hanno contraddittoriamente prese le loro conclusioni all' udienza del 15 del passato mese di marzo, e il signor Dionisio ha ricusato il signor . . . il 20 del suddetto mese.

Dichiara il detto signor Dionisio non ammessibile nella sua dimanda di ricusa, e lo condanna all' ammenda di ducati dieci ed alle spese della incidente. Fatto e giudicato ec.

APPENDICE

Intorno alle dimande incidenti nei giudizi innanzi alle autorità del contenzioso amministrativo.

AUTORITA' DEL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO.

Nella procedura di contenzioso amministrativo sono riconosciute le dimande incidenti, le quali del pari che ne'giudizi ordinari, si distinguono ancora in

Declinatorie,
Competenze giurisdizionali,
Conflitti di attribuzione,
Dimande incidenti propriamente dette,
Chiamata in garentia,
Disapprovazione,
Intervenzione in causa,
Riassunzione d'istanza,
Ricusa de'giudici,
Rimessione per motivi di parentela.

Declinatoria. Vi è declinatoria quando si eccepisce la incompetenza dell'autorità del contenzioso amministrativo, per essere rinviata la causa innanzi ad altra autorità, che si vuole competente, sia per ragion del domicilio, sia per connessità o prudenza di lite,sia per ragion di materia. Nei primi due casi dee proporsi innanzi ad ogni altra dimanda in merito; nell' ultimo caso la declinatoria può essere anche d' uffizio.

In tutt'i casi le autorità del contenzioso amministrativo giudicano anche della declinatoria, e possono riunir questa al merito,per pronunziarvi unica sentenza,ma con due dispositive separate e distinte. (*Leg.* 25 *marzo* 1817, *art.* 115 *a* 121).

Competenze giurisdizionali. Si ha quando la stessa contestazione si propose simultaneamente, e fra le medesime persone, innanzi diverse autorità dello stess' ordine amministrativo, le quali ritengono rispettivamente la propria competenza.

La competenza di giurisdizione si propone con dimande all'autorità superiore della medesima gerarchia da cui entrambe dipendono. Così la competenza fra due sindaci, o due sotto-intendenti nella stessa provincia si porta al consiglio d'intendenza: la competenza fra due sindaci, o due sotto-intendenti di provincia diversa, fra due intendenti, fra due consigli d'intendenza, si porta alla Gran Corte de'conti.

La dimanda, dopo di essere stata ammessa dall' autorità superiore, deve notificarsi alle controparti fra quindici giorni: elasso questo termine la dimanda si ha come non fatta, e si continuerà il giudizio innanzi all' autorità prima adita.

Il succumbente è condannato ad una multa da ducati 10 fino a ducati 50, e potrà pure essere condannato ai danni ed interessi. (*Leg.* 25 *marzo* 1817, *art.* 122 *a* 128).

Le competenze giurisdizionali fra le autorità amministrative delle due parti del Regno, le quali con nome speciale diconsi conflitti giurisdizionali,si diffiniscono dalla Commessione delle competenze giurisdizionali nella Consulta del Regno colle forme stabilite coi decreti de' 20 agosto e 28 novembre 1825.

Conflitti di attribuzioni. È quando due autorità di diverso potere sono adite contemporaneamente, o avocano la propria competenza pel medesimo affare.

Dimande incidenti propriamente dette sono quelli episodi che nel caso della istruzione di un giudizio possono sorgere. Ve ne ha di due specie, cioè di quelle che meritano di essere

spedite in preferenza, onde dare alcun provvedimento provvisorio ed urgente, e di quelle che possono riunirsi al merito.

Tutte queste dimande si propongono con petizione sommaria. L' autorità del contenzioso ne ordina la comunione a breve termine non maggiore di tre giorni: e quindi pronunzia o diffinitivamente,o rinnendo l'incidente al merito. (*Leg.* 25 *marzo* 1817,*art.*129 *e* 130.)

Chiamata in garentia. È questo un incidente che prolunga i termini per la comparsa e la spedizione del giudizio principale, ma può non essere di ritardo a questo.

La chiamata può farsi dalla parte interessata, e senza permissione del giudice del contenzioso, fra gli otto giorni che seguono quello della sua chiamata.

Le dimande in garentia si giudicano contemporaneamente alla dimanda principale se queste sono in istato di essere decise. [*Leg.* 25 *marzo* 1817, *art* 140 *a* 145.)

Disapprovazione dell' operato dall'avvocato. Nel contenzioso amministrativo si conosce anche la facoltà nelle parti contendenti d' impugnare gli atti che diconsi fatti a loro nome innanzi l' autorità del contenzioso, la quale ne giudica nei modi di legge.

Quando la querela si proponga in grado di ricorso all' autorità di secondo grado (*come la Gran Corte de'conti*),e quando la querela è riconosciuta fondata, la camera del contenzioso della stessa Gran Corte ne rimette il giudizio all' autorità competente.

Ove poi s'impugnino atti formati in Gran Corte, la stessa ne giudica sommariamente. (*Leg.* 25 *marzo* 1817, *art.* 259 *e* 260.)

Intervenzione in causa. Chiunque crede aver dritto di prender parte in un giudizio introdotto, perchè può esserne colpito, ha la facoltà di farsi interventore anche innanzi l' autorità del contenzioso amministrativo.

L' intervenzione si forma con una petizione diretta all' autorità del contenzioso amministrativo innanzi a cui pende il giudizio. L'autorità stessa ne ordina la comunicazione, assegnando un termine alle parti in lite per rispondere. In niun caso l'intervenzione può sospendere la decisione della causa che fosse già istruita. (*Leg.* 25 *marzo* 1817, *art.* 139.)

Riassunzione d' istanza. Nelle materie del contenzioso amministrativo, quando la causa non è in istato di essere decisa, la sola morte di una delle parti in giudizio, quando sia legalmente notificato il documento che la contesti, sospende la procedura del giudizio fino a quando il successore del defunto non sia messo in mora per riassumerla. (*Leg.* 25 *marzo* 1817, *art.* 146 *e* 147.)

Ricusa de' giudici del contenzioso amministrativo, I giudici del contenzioso amministrativo sono anche essi ricusabili. (*Leg.* 25 *marzo* 1817 *art.* 148.) Le cause della ricusa sono le medesime che quelle de' giudici ordinari esposte negli art.470, 471, e 472, Leg di proc. civ. eccetto la parentela o offinità tra il giudice ed il difensore di una parte. (*Leg.* 25 *marzo* 1825, *art.* 148 *e* 149.)

Nella procedura del contenzioso amministrativo si distingue anche la ricusa in *volontaria*, ossia lo *scrupolo*, ed in necessaria, detta propriamente ricusa. (*Ivi art.* 150.)

La ricusa necessaria, si propone con atto nella segreteria o cancelleria dell' autorità del contenzioso firmato dalla parte o da procuratore speciale autorizzato con atto autentico. Il segretario o cancelliere la partecipa al presidente. Quindi ne ordina la comunicazione al ricusato, il quale in piedi dell' atto di ricusa deve rispondere ai motivi addotti.

Le stesse norme stabilite dalle Leggi di procedura per la istruzione per lo giudizio della ricusa, tanto in prima istanza quanto in appello, del pari che le penali a danno de' ricusanti ne'casi di rigetto, sono prescritte anche nella procedura del contenzioso amministrativo; il ministero pubblico, quando non esiste, non deve essere inteso nelle ricuse. (*Ivi*, 15 *a* 166.)

Rimessione per causa di parentela o affinità. Tutto ciò che su questa materia è stato detto intorno alla rimessione di una causa da un tribunale ad un altro è applicabile all' autorità del contenzioso amministrativo.

Il ministero pubblico non dev' essere inteso, quando questo agente non sta presso l'autorità da cui si dimanda il rinvio.

La penale nel caso di rigetto della dimanda di rimessione è non minore di ducati quaranta. (*Leg.* 25 *marzo* 1817, *art.* 157 *a* 173.)

QUARTA DIVISIONE.

Della procedura relativa all'annullamento dell'istanza per mezzo della perenzione e della rinunzia alla lite.

Avendo stabilito le regole secondo le quali la dimanda debba farsi e la causa istruirsi e giudicarsi, non che tutti gl' incidenti che possono ritardare o interrompere il corso dell'istanza, senza però estinguerla, il codice di procedura occupasi de' mezzi onde terminare la lite senza discussioni nè dibattimenti relativi al merito

Siffatti mezzi sono la perenzione e la rinunzia all' istanza, amendue fondati sulla massima di dritto, ch'è permesso a ciascuno di rinunziare a quanto riguarda il suo proprio interesse (1); ma di cui l' uno non deriva che da una presunzione legale, nel mentre che l'altro è l' effetto di formale dichiarazione.

Acquistata una tale presunzione, data ed accettata una simile dichiarazione, reputasi non aver l' istanza giammai esistita, ed in conseguenza cessa il tribunale di più pronunziare sulla dimanda, di cui trovasi discaricato. Ed in tal guisa appunto, siccome abbiamo detto a norma dell' opinione del tribuno Faure (2), terminasi la lite senza discutere sul merito, non potendo il tribunale occuparsi che delle sole quistioni che si elevano per conoscersi se siasi realmente acquistato dritto alla perenzione o se la rinunzia è validamente data o accettata.

Ma come siffatto abbandono presunto o formale rapportasi all' istanza, val dire all'esercizio dell' azione ed a tutti gli atti posteriori, esso non estingue in alcun caso l'azione istessa, la quale puossi conseguentemente esercitare di nuovo, ed anche molto tempo dopo che non siasi acquistata la prescrizione del dritto. (*Art. infra* 401, 403 † 494, 496, *supra n.* 68; *ma ved. l' eccezione stabilita nell' art.* 469 † 533.)

(1) *Unicuique licet juri in favorem suum introducto renunciare.* (Legge 41 ff. *de minor*)

(2) Rapporto del tribuno Faure, ediz. di Didot, pag. 118.

TITOLO XXII.

Della Perenzione (1).

La perenzione (2) d' istanza si è l' annullamento della stessa per non essersi proseguita la procedura nel tempo stabilito dalla legge (Art. 15 † T, 397 † 490.)

Per la parola istanza (3) intendesi la procedura che *s' instruisce*, o *l' instruzione* che compilasi per giungere alla sentenza. L' istanza comprende dunque i diversi atti della procedura rispettiva delle parti (4); ed in conseguenza, dall' atto introduttivo di citazione fino all'ultimo atto di procedura che n' è la conchiusione tutto viene reputato come non avvenuto, subito che vien fatta una dimanda per la perenzione nello spirare del tempo dalla legge stabilito.

Conseguita da ciò che la perenzione decorre dall' atto di citazione, e non più, come per lo passato, in diverse giurisdizioni, dalla contestazione fatta secondo l'art. 13, tit. 14 dell' ordinanza del 1667. Conseguita similmente che non più conoscesi la invalidità degli atti isolati della procedura dopo il decorso di un anno, come ammettavasi in Brettagna (*V. i Princip. di Duparc, tom.* 6. *p* 285)

La presunzione che l' attore particolarmente interessato ad ottener la sentenza, abbia desistito dalla dimanda che per lungo tempo trascurò di proseguire, e dall'altra parte, la necessità di mettere un termine alle liti, sono i motivi che han fatto introdurre la perenzione.

Vi sarebbe poca utilità pratica nel ricercare s' è vero ch'essa tragga l' origine dalla legge *properandum* del codice *de judiciis*, ed a qual epoca è stata ammessa nel dritto francese, potendo vedersi a tal proposito le osservazioni di Hevin alla fine del primo volume delle decisioni di Frain, pag. 111, ed il §. 1. del trattato *ex professo* di Menelet. Basterà conoscere essersene fatta quistione nelle ordinanze di Villers-Cotterets del 1530; di Roussillon, del 1563, e sopratutto di Luigi XIII, del 1629.

(1) Vedi *sopra* sull' art. 15 n. 58 e seguente, ed *appresso* sull' art. 469.

(2) *Da perimere peremptum*, estinguere annullare.

(3) *Da stare in giudizio*, agire in giudizio.

(4) Trattato delle azioni, pag. 275.

Queste erano le sole leggi generali che avevamo pria della pubblicazione del codice di procedura su tale materia, che d' altronde era regolata dai principî della giurisprudenza locale (*).

Secondo il codice, la dimanda per la perenzione è una dimanda principale assolutamente distinta dall' istanza ch' essa tende di far annullare; « di maniera che non puossi promuovere su di siffatta dimanda alcuna quistione relativa alla contestazione che formava l' oggetto della detta istanza, e che la sola cosa a giudicare si è, da una parte, il fatto unico della interruzione del proseguimento degli atti durante il tempo determinato dalla legge; dall' altra, se in conseguenza del suddetto fatto, debba dichiararsi essersi acquistato dritto alla perenzione dimandata »(1). (*V. l'art.* 397 † 490 e l'art. 469 † 533.) Essa decorre indistintamente contro ogni specie di persone ed anche contro lo stato (398 † 491.) Introdotta soltanto a favore del convenuto, essa non acquistasi se non quando il detto convenuto ne abbia fatto una espressa dimanda; per lo che ogni atto valido basta per sanarla (Art. 399 † 492.)

Siffatta dimanda formasi con atto di patrocinatore, pur che il patrocinatore non sia morto, interdetto o sospeso (Art. 400 † 493.)

Il suo unico oggetto è quello di estinguere *l' istanza*; ed in conseguenza, se viene ammessa, si ha dritto ad intentare novellamente l' azione; ma allora non può opporsi nè avvalersi di alcun' atto della procedura estinta.

Finalmente, poichè la perenzione risulta dalla presunzione che l'attore originario il quale ha trascurato di proseguire il giudizio, reputasi di avervi rinunziato, le spese dell'istanza perenta cedono a suo carico (Art. 401 † 494.)

Tali sono le regole semplici mediante le quali il nostro nuovo codice dissipò tutte le incertezze che anticamente esistevano in materia di perenzione, fissò la giurisprudenza, e favorì siffatto mezzo legale onde terminare le liti.

ART. 397 † 490. *Qualunque istanza, quando anche non vi sia stata costituzione di patrocinatore, è perenta ogni qual volta siasi abbandonata la continuazione della procedura per lo spazio di tre anni.*

Questo termine si accresce di sei mesi ne' casi in cui si fa luogo alla dimanda per la riassunzione d' istanza, o per costituzione di nuovo patrocinatore. (2)

Arresto del Parlamento di Parigi, 28 marzo 1592. — Cod. di P. art. 15, 156, 342, e seguenti, 1029.

CCCXXV. L' art. 397 disponendo, in termini generali, che ogni istanza sarà estinta colla interruzione del proseguimento degli atti, ha ricondotto la perenzione al principio del

(*) Sembra non potersi dubitare che la perenzione d' istanza fusse la prima volta introdotta da Giustiniano con la nota legge *properandum* cod. da judiciis « *ne lites fiunt pena immortales, et vitae hominem modum excedant* » — Giustiniano stabilì che le cause dovessero avere un periodo, e che scorso il legitimo tempo di tre anni nelle cause civili, di due nelle criminali dopo la contestazione della lite, si dovessero stimare *estinte*.

Ciò che fu stabilito da Giustiniano colla detta legge *properandum*, venne confermato nel nostro Regno col rito 248, non ostante la costituzione *omnes bajuli* di Federico II, il quale volle che tutt' i giudici fra due mesi dal dì della citazione dovessero a tutte le cause porre termine. L'attore però per ovviare alla perenzione d'istanza bastava che impetrasse dal presidente del S. R. C. ciò che si diceva nel foro *insufflatio spiritus*, la cui forza era quella appunto che la causa progrediva non ostante il decorrimento del tempo. (*Pragmat.* 3, § 2, *de offic. S. R. C. Pragmat.* unic. *de istantia causae non restituenda sine expensis*).

(1) Arresto di Rennes, 2. camera, 16 giugno 1818.

(2) GIURISPRUDENZA.

1. La perenzione non decorre a vantaggio della parte, la quale, in una causa istruita per iscritto, ritiri la sua produzione dalle mani del giudice commessario prima che abbia fatto il suo rapporto; essa vien allora riputata causa della interruzione della procedura, e per conseguenza non ammissibile a prevalersene. — (*Cassaz.* 7 *marzo* 1820; *Sirey, tom.* 20, *pag.* 349).

2. La perenzione della riassunzione d' istanza; in altri termini, uno spazio di tre anni decorso senza procedura su questa citazione, porta con se la perenzione della istanza principale. — (*Nimes* 16 *agosto* 1819. *Sirey, tom.* 20 *pag.* 263.)

3. Semplici tentativi di terminare amichevolmente la causa fatti nell' intervallo di tre anni dalla parte che vuole in seguito opporre la perenzione, ne hanno interrotto il corso. — (*Firense* 28 *giugno* 1812 *nel Giornale de' patrocinatori tom.* 7, *pag.* 110; *arg. dall' art.* 2248 *del codice civile, e la nostra quist.* 65.)

dritto comune. In talune giurisdizioni, per esempio nella Brettagna, essa applicavasi, come abbiamo detto nella pag. 89, alle sole istanze impegnate colla contestazione della lite, che avea luogo, secondo l' art. 13 del tit. 14 dell' ordinanza, pel primo atto di regolamento e di appuntamento, ovvero colla sentenza renduta dopo presentate le difese. Le procedure anteriori estinguevansi, mediante la *invalidità* la quale acquistavasi al termine di un anno dopo l' ultimo atto di procedura. (*Ved. Duparc-Poullain*, *tom.* 6. *pag.* 285, *n.* 99 *e* 100.)

D'altronde non era necessario, per formare la istanza, che vi fosse contestazione della lite, ma bastava che la dimanda si formasse giudiziariamente, e che fosse notificata alla parte. Tale si è la decisione di un arresto della corte di cassazione del 23 germiale anno 11, citato nel nuovo Repertorio alla parola *interruzione delle procedure*.

Ed appunto in questi ultimi sensi il codice di procedura adopera costantemente la parola *istanza*; nè in alcuna parte parla della contestazione della lite, e l' art. 397 suppone l'esistenza della istanza dell' atto introduttivo di citazione, *anche nel caso che non vi fosse costituzione di patrocinatore* (1).

1410. *Allorchè la dimanda per la perenzione formosi pria dello spirar de' tre anni, e che, nell' intervallo tra siffatta dimanda e le discussioni all' udienza, non siasi notificato alcun atto valido, puossi ritenere essersi acquistato il diritto alla perenzione, cumulando al tempo decorso fino all' epoca della dimanda, quello decorso fino alle discussioni all' udienza?*

Noi nol pensiamo, per la ragione che si ha dritto a dimandare la perenzione solamente dopo spirato il tempo determinato dal codice; or, una dimanda prematura dev' esser rigettata, e le cose rientrano nello stato ove erano pria che fosse stata fatta. Interessa poco che il tempo decorso fino alle discussioni all'udienza completasse quello dalla legge richiesto; la dimanda per la perenzione dev'esser giudicata a norma dello stato in cui era l' istanza allorchè venne notificata, perciocchè, in tal epoca non trattasi di vedere se siano decorsi tre anni dal momento delle discussioni all' udienza, ma sibbene se lo erano nel giorno della sua notificazione: per la qual cosa il convenuto nella perenzione può eliminarla colla eccezione.

Che se fosse altrimente, ne seguirebbe che il tribunale farebbe dritto ad un atto da considerarsi come non avvenuto allorchè venne fatto, e pronunzierebbe una perenzione non dimandata nelle forme prescritte dalla legge. In effetti essendosi il dritto alla perenzione acquistato solamente dopo spirati i tre anni, conchiudere arigando che la stessa venga pronunziata, quantunque non acquistata all'epoca in cui fu dimandata, sarebbe la stessa cosa che se una novella dimanda venisse fatta all'udienza, senza che si fosse preliminarmente notificato l' atto richiesto dall'art. 400 † 493.

Fa d' uopo adunque assolutamente nella specie della presente quistione, che la parte la quale ha prematuramente presentata la sua dimanda, la rinnovi non appena sia decorso il tempo dalla legge richiesto.

1411. *Ha forse luogo la perenzione dinanzi a' tribunali di commercio?*

Fu ritenuta la negativa dalla corte di Rouen li 16 luglio 1816 (*Sirey*, *tom.* 17, *pag.* 416); sulla considerazione che l' art. 452 del codice di commercio stabilisce che la procedura dinanzi i suoi tribunali sia seguita tal quale fu regolata dal tit. 25 del codice di procedura, il quale non contiene alcuna disposizione da cui possa rilevarsi che la perenzione debba esser ammessa; d' onde conseguita che l' atto in esame applicasi soltanto ai tribunali di prima istanza.

Può aggiungersi pure che se il legislatore avesse inteso annoverare la perenzione dell' istanza nelle giurisdizioni commerciali lo avrebbe manifestato, come fece relativamente alle giustizie di pace coll' art. 15 † T del codice di procedura, o avrebbe dichiarato l' art. 397 applicabile benanche a siffatte giurisdizioni, come praticò in risguardo agli art. 156, 158 e 159 † 250, 252 e 253 non che coll'art. 643 del codice di commercio (*).

(1) Bisogna però osservare che questo articolo non intende parlare della costituzione di patrocinatore se non relativamente al convenuto; giacchè secondo l' art. 61 † 153 essendo nulla la dimanda allorchè colui che l' ha fatta ha mancato di costituire patrocinatore, la perenzione diviene inutile: basta allora opporsi la nullità della citazione. — (*Delaporte*, *tom.* 1, *pag.* 368, *ed il Commentario inserito negli Annali del notariato*, *tom.* 2, *pag.* 474.

(*) La nostra Corte Suprema di giustizia però

1412. *Il dritto alla perenzione acquistasi forse contro una istanza soggetta al parere degli arbitri ?*

Che sì, asseriva Lange, pag. 502, imperciocchè gli arbitri sono obbligati di giudicare secondo l' ordinanza. Poggiati sull' art. 1009 † 1085 del codice, il quale dispone che le parti e gli arbitri seguiranno nella procedura i termini e le forme stabilite pei tribunali, se le parti non abbiano diversamente convenuto, gli autori del Pratico, tom. 2. pag. 410, opinano benanche che le istanze arbitramentali sono soggette alla perenzione. Ma noi osserviamo che questa non è quistione; perciocchè l'art. 1007 stabilisce che il compromesso non avendo fissato alcun termine, la commissione degli arbitri non dura che tre mesi, a contare dal giorno della sua data; che se all' opposto fu stabilito un termine, cessa la loro missione allo spirar di esso, ed ecco la perenzione delle istanze arbitramentali stabilite con disposizioni particolari; per lo che in niun modo puossi applicare a siffatte istanze la perenzione pronunziata dall' art. 397.

1413. *La perenzione dell' azione porta seco la perenzione dell' istanza ?*

No, dacchè l' art. 397 dice, in termini generali, che *ogni* istanza perimesi colla interruzione della procedura durante tre anni. Or, si ha per principio che la dimanda fatta in giudizio conserva l'azione, seguendo la massima del dritto, *omnes actiones quae ... tempore pereunt, semel inclusae judicio, salvae permanent*—(*Ved. la legge* 139 *ff. de regulis juris.*)

Laonde, anche quando un azione potesse essere prescritta allo spirar di un tempo minore di quello richiesto per la perenzione, l'istanza non sarà nulladimeno perenta che allo spirar de' tre anni.—(*Ved. Pigeau, tom.* 1 *pag.* 445.)

Da un'altra parte allorchè un' azione non è prescrittibile se non terminato il tempo che estendesi al di là di tre anni richiesti per la perenzione, l'istanza sarà estinta colla interruzione delle procedure, a differenza di quanto praticavasi nella Bretagna e nella Normandia, in cui la perenzione dell' istanza non avea luogo dopo la contestazione della lite, se non quando essa concorreva colla prescrizione—(*Ved. il nuovo Repertorio, alla parola* perenzione, §. *I. pag.* 207; *Duparc-Poullain, tom.* 1. *pag.* 201 *e* 292, *e la dissertazione di Hevin sulla perenzione alla fine del* 2. *volume delle decisioni di Frain.*)

La corte di appello di Rennes indarno dimandò, nelle sue osservazioni sul progetto, che siffatto principio di giurisprudenza locale, che presentava il vantaggio di prevenire molte istanze nel corso del termine per la prescrizione, fosse ritenuto dal codice; è chiaro che gli art. 397 e 401 † 490, e 494 l'hanno abrogato. (*Cass.* 22 *gen.* 1816, *Sirey tom.* 16 *pag.* 118.)

1414. *Vi ha de' casi in cui possa acquistarsi diritto alla perenzione, spirato un termine minore di quello fissato dall' art.* 397 *?*

Che sì: per esempio, le istanze nelle giustizie di pace perimonsi dopo quattro mesi, a cominciare da una sentenza interlocutoria. (*V. le nostre quist. sull' art.* 15 *tom.* 1 *pag.* 95.) L' ordinanza che precede un pegnoramento su gl' immobili perimesi coll' elasso di tre mesi (*ved. l' art.* 574 † 664) ; quella che precede l' arresto personale nel termine di un anno (*ved. l' art.* 784 † 867) ; finalmente, le procedure che seguono una coazione provocata dall' amministrazione del registro lo sono del pari nello stesso tempo—(*Ved. la legge del* 22 *frim an.* 7, *art.* 61.)

E qui cade in acconcio osservare che la perenzione di sei mesi, pronunziata contro la sentenza contumaciale di patrocinatore, per non essersi eseguita nel detto termine, non porta seco la perenzione dell' istanza ; almeno tal' è stata la decisione della corte di appello di Nimes (*ved la decisione del* 5 *luglio* 1809, *giurisprudenza delle corti superiori, tom.* 4 *pag.* 522), fondata sul motivo che l' art. 156 † 250 nel prescrivere che le sentenze di cui esso parla reputansi come non avvenute, qualora non si eseguano fra sei mesi dal momento che si

con decisione dei 15 novembre 1838 (*causa Grassi e Risolo*) risolveva in un senso tutto contrario la proposta quistione. « Le regole *generali*, essa diceva, *sono applicabili alle materie regolate da particolari disposizioni purchè non sieno state o espressamente, o tacitamente derogate* » — e rammentava che l' art. 490 delle nostre leg. di pr. civ. dichiara perenta qualsivoglia istanza pel solo fatto di essersi la procedura abbandonata per un triennio, anche quando non vi fosse costituzione di patrocinatore.

Osservava inoltre che tutte le disposizioni speciali relative a' tribunali di commercio son dirette allo scopo di agevolare ed accelerare la procedura. Per lo che, se non si desse luogo alla perenzione, urterebbesi allo spirito della legge, il cui oggetto è quello d' impedire che sieno le procedure perpetuate.

sono ottenute, si tace poi in risguardo alle istanze che le sono servite di base: d'onde risulta che se ancora proseguasi la istanza e la dimanda introduttiva non sia perenta, nulla si oppone per ottenere una novella sentenza, in seguito di siffatta dimanda, pria di spirar il termine della perenzione fissato dall'art. 397.

Siffatta decisione può sembrare conforme ai principî, atteso che la perenzione, o piuttosto la prescrizione della sentenza dopo i sei mesi, risulta da una disposizione eccezionale, che dev' esser limitata all' atto ch' essa ha per oggetto e non può aver l'effetto di perimere l'istanza sulla quale tale atto è intervenuto, per un decorso di tempo minore di quello prescritto dall' art. 397 — (*Ved. Delaporte*, *tom.* I. *pag.* 368).

Nulladimeno puossi elevare qualche dubbio a motivo che l'art. 156 + 250 ha per oggetto di prevenire l' abuso della mancanza di consegna della copia di citazione. — (*Ved. i motivi esposti dal consigliere di stato Treilhard, edizione di F. Didot, pag.* 33).

Or, sarebbe lo stesso che apprestare un rimedio inefficace ad un simile abuso, ove si autorizzasse la parte, laquale deve imputare a se stessa di non aver fatto eseguire una prima sentenza, ad ottenerne una seconda, senza citar di nuovo la parte avversa.

Ma ammettendosi, pel suddetto motivo, che la perenzione della prima sentenza porta seco quella della istanza che l'ha preceduta, bisognerebbe ammettere benanche, ciò che sembraci troppo difficile a supporre essere entrato nella mente del legislatore, che una decisione contumaciale, pronunziata sull'appello, essendo perenta, addurrebbe egualmente la perenzione dell'istanza; di maniera che la sentenza, che siffatta decisione avrebbe forse riformata, rattroverebbesi aver l' autorità della cosa giudicata. (*Ved. l'art.* 459 + 523). Come conciliare una tale decisione con quello che ordinariamente praticasi, dietro un arresto di cassazione il quale annullando una decisione sull'appello, conservò all' atto di appello che introdusse l'istanza tutt' i suoi effetti, nel senso cioè che la decadenza non ha luogo, e introducesi l'istanza dinanzi ad un altra corte?

Siffatte considerazioni c'inducono a credere doversi adottare qui una opinione che tiene il mezzo tra la decisione della corte di Nimes pocanzi riportata, e l'opinione di coloro i quali si avvisano che la perenzione di una sentenza contumaciale porta seco quella dell'istanza che essa avesse terminata. Per consegnenza non crediamo che la prima citazione conservi i suoi effetti, nel senso cioè, ch'essa avrà interrotta una prescrizione, avrà dato luogo ad atti di prova, come, ad un esame; ec. ma sotto la condizione di citare la parte nel domicilio, per sentir pronunziare la seconda sentenza.

1415. *Il tempo della perenzione dev' esser computato* de momento ad momentum?

Lange, nel suo Pratico, cap. 24, pag. 494, risolve affermativamente siffatta quistione, dichiarando che il giorno del termine *a quo*, ch'è quello della cessazione dell' ultima procedura, debba computarsi nel termine. Questo scrittore, come osserva Berriat-Saint-Prix, non dà una buona ragione in sostegno della sua opinione, contro la quale puossi opporre il principio *dies termini a quo, non computatur in termino*, e che noi non crediamo dover adottare, perchè la perenzione è una specie di prescrizione. Or l'art. 2060 + 1934 del codice civile vuole che la prescrizione si computi per giorno e non già *de momento ad momentum*.

1416. *Si può forse opporre la perenzione se sono scorsi tre anni da che la causa era nello stato di esser decisa?*

Per la negativa di siffatta quistione si potrebbe trarre argomento dalle espressioni dell'art. 397, *qualunque istanza . . . è perenta ogni qualvolta siasi abbandonata la continuazione della procedura*, e fare questo ragionamento: *la causa essendo nello stato* di esser decisa, non vi sono più procedure da farsi; non vi ha dunque abbandono di continuazione di procedure da imputarsi all'attore, e conseguentemente niuna perenzione da opporsi. Di fatti il ritardo della decisione non può esser imputato se non a'giudici — (*Ved. il Pratico francese, tom.* 2, *pag.* 408, *e le quist. di Lepage, pag.* 262).

Noi crediamo nondimeno che questa opinione non è quella che convien seguire, attesochè gli art. 505 + 569, 506 + 570 e 507 + 571, autorizzano la presa a parte per denegata giustizia, allorchè i giudici trascurino di giudicare le cause che sono nello stato di ricever una decisione dopo le dimande delle parti. Or, in sguardo all'attore, non è forse lo stesso che abbandonare la continuazione della procedura, allorchè si trascura di avvalersi de'mezzi che la leg-

ge gli accorda per ottenere una sentenza? (*V. Lange*, *cap.* 24, *pag.* 497, *e Pothier*, *cap.* 48 *e* 4. §. 2).

1417. *La soluzione data alla quistione precedente applicasi forse al caso di trascuranza di un giudice commessario a procedere ad una operazione ordinata*; o *di un giudice relatore a fare il rapporto di una causa?*

Lange, nel luogo sopra citato, pag. 495, sostiene l'affermativa, pei medesimi motivi da noi dedotti; e sembra che Berriat-Saiut-Prix divida siffatta opinione (*ved. pag.* 355, *not.* 8, *n.* 3); ma Lepage e gli altri scrittori del Pratico (*supra citati*) sono di opinione contraria. Noi però ci attenghiamo al sentimento di Lange, quantunque sia stato rigettato, in risguardo al relatore, da una decisione della corte di Rennes del mese di maggio 1813, perciochè, in simile circostanza, l'attore dee imputare a se stesso la colpa di non aver costituito in mora il relatore onde mettere la causa nello stato di esser giudicata.

1418. *Ma la morte di un giudice commessario o di un relatore interrompe forse il corso della perenzione?*

Gli antichi scrittori si attenevano all'affermativa, ma noi crediamo che siffatta opinione oggidì non possa prevalere, non solamente perchè il codice a tal proposito si tace, ma anche pel motivo che l'attore deve imputare a se medesimo la colpa di non aver fatto sostituire il giudice commessario o il relatore, a norma dell'art. 110 + 205, il quale applicasi nel caso di morte dell'uno e dell'altro, siccome abbiamo detto sulla quistione 984.

Tal'è benanche, almeno per rispetto al relatore, l'opinione di Delaporte, tom. 1. pag. 369; di Lepage nelle sue Quistioni, pag. 362 e finalmente di Demiau-Crouzilhac, pag. 290 e 291, e Menelet Trattato delle perenzioni, pag. 4.

1419. *Una transazione o un compromesso intervenuto nel corso dell' istanza, ma che non fosse stato eseguito, interrompe il corso della perenzione?*

Lange, nel citato luogo, pag. 496 e 497, e Pothier, part. 1. cap. 4, si pronunziano per l'affermativa, e la loro opinione è adottata da Pigeau, tom. 1. pag. 447, attesochè sarebbe ingiusto dichiarare la perenzione contro una parte che ha interrotte le procedure, fiduciata su d' una transazione o di un compromesso, sulla cui esecuzione ha dovuto contarci.

Ma gli autori del Pratico, tom. 2, pag. 411, osservano che tali atti essendo estranei alla procedura non sono applicabili, nè possono impedire la perenzione. Appartiene, essi dicono, alla parte interessata tutelare i suoi diritti con misure di conservazione, od ischivare quei lacci in cui il suo avversario ha cercato farlo cadere. Quest'ultimo avviso, dice Berriat Saint-Prix, pag. 335, not. 8, è più uniforme al senso letterale del codice, nell' atto che il primo lo è all' equità.

A noi però non pare certo che le disposizioni del codice si oppongano all'ammissione del parere di Pigeau; tutto quello che si può asserire si è, che esso si tace; ma non dovrassi piuttosto considerare una transazione o un compromesso come una rinunzia all' istanza introdotta, e se la transazione non siasi eseguita, non addiventa forse il principio di una novella istanza in esecuzione di detto atto? Il compromesso non ha forse rimesso le parti nello stesso stato in cui erano pria dell' istanza, e non bisognerebbe rinnovarla, come praticherebbesi qualora fosse stata accettata una rinunzia? (*Ved. l' art.* 403 + 496.)

Tale si è la nostra opinione, che non crediamo suscettibile di distinzione o di modificazione relativamente alla transazione, perciocchè lo art. 2044 + 1916 del codice civile la definisce un contratto mediante il quale *le parti terminano una controversia nata*, o prevengono una controversia che potrebbe aver luogo; ma, in risguardo al compromesso, convenghiamo che la decisione dipenda dalle circostanze, e che quella da noi data è in generale sottoposta alla eccezione se, per esempio, le parti non avendo espresso che esse intendevano rinunziare all' istanza per togliere la giurisdizione al tribunale, il compromesso troverebbesi senza effetto in conformità dell' art. 1004 ec. ec. (1)

(1) Questa opinione presenta qualche dubbio relativamente al compromesso, ove non si ritenga, come abbiam fatto noi, che il compromesso tolga la facoltà al giudice di conoscere della causa, e che conseguentemente fa duopo, perchè le parti non abbiano altrimenti convenute, ritornare innanzi lui con azione assolutamente nuova. Ma in questo caso, non potrebbesi forse almeno pensare, come Menelet, nella pag. 91, ch' esso conserva l' istanza, ma che dal giorno in cui spira, ricadendo la causa nella giurisdizione in cui era pendente, quando le parti fecero il compromesso, essa vi si perime per effetto della cessazione delle procedure pel corso di tre anni?

1420. *I casi fortuiti, che han messo l' attore nell' impossibilità di agire, interrompono forse il corso della perenzione?*

Vi ha degli avvenimenti che niuna prudenza umana saprebbe impedire, e che chiamansi *casi fortuiti*, e comprendono la forza maggiore e l' autorità della legge. La giustizia e le leggi stabiliscono che niuno risponda de' *casi fortuiti*: epperò crediamo che interrompono la perenzione. Quindi noi diremo con Lange e Rodier, ed a norma delle decisioni citate dal primo, pag. 496, che qualunque avvenimento il quale abbia impedito all' attore di sanare la perenzione, ne ha interrotto il corso; che non puossi formar dimanda per la perenzione, allorchè, per concorso di una forza maggiore, l' attore avesse smarrito i suoi documenti, per esempio, in conseguenza di un incendio avvenuto nella casa del patrocinatore o dell' avvocato che n' era incaricato (1).

[Nel regno de' Paesi Bassi, in cui il Re ha il potere di accordare una sospensione ad ogni procedura, in virtù della legge de' 25 novembre 1814, una tale sospensione interrompe il corso della perenzione. (*Brusselles* 12. *marzo* 1819; *Giuris. della della corte*, *anno* 1819, *vol.* 1. *p.* 260.)]

1421. *La perenzione può forse decorrere contro una istanza la cui procedura è sospesa, sia per una dimanda incidente, sia per qualunque altro incidente da espletarsi pria della sentenza sul merito, sia finalmente dalle sentenze preparatorie, interlocutorie, e provvisionali?*

Demiau Crouzilhac opina che l' incidente debba considerarsi come una istanza particolare che sospende l' istanza principale, di modo che il termine per la perenzione di questa non riprenderebbe il suo corso se non quando l'incidente stesso fosse perento.

Tal' era benanche l' opinione di Lange p. 499; ma Pigeau, alla pag. 447, ragionevolmente osserva che le dimande incidenti non formano istanze separate le quali sieno suscettibili di perenzione particolare, poichè l'istanza si compone ad un tempo e della dimanda principale e delle dimande incidenti che vi sono riunite.

Conseguita da ciò che gl' incidenti van soggetti alla perenzione dell' istanza durante la quale essi furono dedotti.

Con decisione del 6 maggio 1813 (*ved. Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 89) la corte di Rouen pronunziò nello stesso modo relativamente alle sentenze preparatorie ed interlocutorie; dichiarando che siffatte sentenze non costituiscono istanze particolari, ma sibbene fanno parte della istruzione, o degli ultimi atti della causa nella quale esse intervennero. Finalmente una consimile dottrina fu adottata coll' art. 397 del codice di procedura civile, perciocchè il suo primo paragrafo è concepito in termini generali i quali escludono ogni eccezione che si volesse introdurre fuori de' due casi espressi nel paragrafo secondo dello stesso articolo.

Quindi conchiuderemo che ogni procedura incidente, come ogni sentenza preparatoria o interlocutoria, perimesi con la interruzione delle procedure durante tre anni (1).

Noi aggiungeremo, collo stesso autore, che per far sì che il compromesso sia d' ostacolo alla perenzione, non è necessario che sia seguito da procedura; ma se l' istanza arbitramentale, il che non può accadere, perdari più di tre anni, senza che le parti avessero proceduto innanzi agli arbitri, parrebbe essersi acquistato diritto alla perenzione innanzi al tribunale di prima istanza.

(1) Ma secondo la giurisprudenza, la sospensione momentanea del corso della giustizia, cagionato, per esempio, da una occupazione militare, non opera interruzione se non quando sia d' altronde provato esserne risultato per le parti ed i loro patrocinatori impossibilità assoluta di fare alcun atto di procedura. — (*Parigi* 25 *aprile* 1815, *Cassaz.* 29 *giugno* 1818; *Sirey*, *tom.* 19, *pag.* 368, *e tom.* 18, *pag.* 358.)

Nota. La decisione del 29 *giugno* 1818, *dice Berriat-Saint-Prix*, *pag.* 355, *nota* 8, *n.* 2, *è soggetta a serie obbiezioni*, *per la ragione da essa addotta che una invasione la quale interrompe le comunicazioni tra il patrocinatore ed il suo cliente, non impedisce la perenzione*, *se la città in cui il patrocinatore esercita le sue funzioni non fosse invasa*, *attesochè questi può agire, notificare, per esempio*, *un atto*, *per sanare la perenzione. Per la verità, il patrocinatore è il padrone della causa in quanto all' istruzione*, *allorchè il suo cliente ha dimostrato*, *espressamente*, *o tacitamente di volerla sospendere. Egli dee, al contrario, attendere un nuovo avviso per continuarla*, *e così impedire la perenzione. Laonde se forza irresistibile ha impedito al cliente di trasmettere questo avviso prima della fine del termine in cui la legge gli permetteva di sanare la perenzione, il dichiarare che questa siasi allora compita, è lo stesso che privarlo di una facoltà legale; per la qual cosa non possiamo non aderire a queste giuste osservazioni.*

(1) Questa dottrina fu d' altronde consacrata

Ma non applicheremo siffatta soluzione alle sentenze provvisionali, sulla considerazione, come si avvisa Duparc-Poullain, tom. 6, pag. 295, ch'esse non van soggette alla perenzione, per non esser le medesime sentenze relative alla istruzione, e quindi si prescrivono con l'elasso di trent' anni (1).

1422. *L' opposizione ad una decisione o sentenza contumaciale è forse principio di una nuova istanza suscettibile di perenzione ?*

In altri termini ; *puossi dichiarare perenta l'istanza particolare dietro l' opposizione, senza estendere la perenzione alla istanza principale ?*

Con decisione del 23 ottobre 1810 (*ved. Denevers*, 1810, *pag.* 510), fu pronunziato dalla corte di cassazione che se, applicando l'art. 15 dell'ordinanza del 1563, uniforme all' art. 397 del codice di procedura, l' opposizione è prodotta con istanza seperata da quella sulla quale fu interposta la sentenza impugnata, essa n' è nondimeno la conseguenza immediata, e si ricongiunge a tutti gli atti anteriori per non formarne che una sola e medesima istanza. Or, a' termini della legge, la perenzione deve applicarsi, qualora se ne acquisti il diritto, a tutti gli atti dell' istanza, senza che sia permesso a' giudici di restringerla a taluni atti particolari : quindi non puossi dichiarare acquistato il dritto alla perenzione dietro l' opposizione, senza estenderla all' istanza principale.

È chiaro che la conseguenza diretta di siffatta opinione presenta il più forte argomento in favore della precedente quistione, conformemente all' avviso di Pigeau ; o per meglio dire, la suddetta decisione la giustifica perfettamente, poichè per asserire che un incidente sopravvenuto nel corso di una istanza ne formi una distinta e separata, vi sarebbero minori ragioni di quelle esistenti per far ammettere una opposizione introduttiva di una istanza di siffatta natura.

1423. *Per darsi luogo all' aumento del termine di sei mesi, uniformemente alla seconda disposizione dell' art.* 397, *è forse necessario che le circostanze che spinsero a riassumere la istanza, ad a fare una novella costituzione di patrocinatore, sopraggiungano durante il primo termine di tre anni ?*

Esaminando siffatta quistione, al n 1301 della nostra analisi ec, abbiamo citato un arresto della corte di cassazione del 5 gennaio 1808, il quale pronunziò che ogni qual volta la perenzione d' istanza non è stata dimandata, essa debbe riputarsi come sanata in seguito di qualunque circostanza che potrebbe dar luogo alla riassunzione della stessa, in guisa che debbasi sempre accordare agli eredi o all' avente causa il termine di sei mesi, a contare dal giorno della morte. Epperò la quistione da noi proposta verrebbe negativamente risoluta. Ma noi non avevamo taciuto che Merlin, citando egli stesso il suddetto arresto, emette opposta opinione, la quale fu dalla corte di Treves rigettata con decisione del 17 giugno 1812. (*Sirey, tom.* 13, *pag.* 194.)

Noi crediamo che quest' ultima dottrina vuolsi adottare, sulla considerazione che, fra gli altri motivi, accordandosi l'aumento del termine secondo le circostanze sopraggiunte durante i tre anni, verrebbesi implicitamente ad ammettere che la perenzione operasi di pieno dritto, nel mentre che evidentemente risulta l' opposto dall' art 399 † 492.

D' altronde siffatta decisione avvicinasi ai principi dell'antica giurisprudenza, secondo la quale la morte di una delle parti, avvenuta pria dello spirar di tre anni, sospendeva la perenzione, a cui l' istanza non era più soggetta pria di esser stata riassunta. (*Cassaz.* 27 *germ. an.* 13, *Sirey tom.*5 *pag.* 363, *Menelet, pag* 169.)

In tal modo adunque la morte di una parte o del patrocinatore dopo i tre anni d' interruzione, forma un ostacolo alla dimanda finchè non sia decorso un termine di sei mesi.

1424. *Risulterebbe forse dall' arresto de'* 3 *gennaio* 1808, *che non puossi fare una dimanda di riassunzione d' istanza o di nuova costituzione di patrocinatore, dopo il termine di tre anni e mezzo accordato dall' art.* 397 ?

Siffatta quistione si decide colla soluzione

da una decisione della corte di cassazione del 14 dicembre 1813 (*vedi Sirey, tom.* 14. *pag.* 137), la quale stabilì che le sentenze preparatorie non costituiscono un ostacolo all' estinzione dell' istanza per abbandono delle procedura, essendo esse medesime annullate o estinte, come gli altri atti della procedura perenta.

(1) Vedi le ragioni che addurremo sull' articolo 401 † 494, esaminando la quistione se queste sentenze possono essere invocate in una seconda istanza introdotta dopo la perenzione della prima,

che daremo sull'altra di conoscersi se la riassunzione d'istanza o la nuova costituzione di patrocinatore va soggetta alla prescrizione di tre anni come ogni altra azione. Or si è opinato risultar dall'art. 397 la necessità di far soggiacere alla perenzione queste due dimande come l'azione medesima; che anzi non doversi più applicare gli antichi principi, i quali ammettevano l'una e l'altra durante trent'anni.

Ma noi osserviamo che le suddette dimande non potrebbero rigettarsi se non quando la perenzione dell'istanza fosse stata dimandata dopo il termine di tre anni e mezzo, fissato dall'art.397; tal che ogni qual volta siffatte dimande non sono state fatte, puossi riassumere l'istanza o costituire un nuovo patrocinatore, durante i trent'anni che l'art. 2262 ✝ 2168 del codice civile stabilisce per la prescrizione delle azioni in generale. — (*Ved. le quist. di Lepage*, *pag*. 228 *e* 229.)

Diciamo, *in generale*, perciocchè la prescrizione trentenaria è la più ordinaria; ma quando la legge ha limitato il termine della prescrizione ad un minor spazio di tempo, per esempio, nel caso dell'art. 1304 ✝ 1258 del codice civile relativo alle dimande per nullità e rescisione, come il termine per riassumere l'istanza non dev'essere più lungo di quello per introdurre l'azione, non si potrebbe riassumere l'istanza dopo dieci anni. — (*Arg. desunto dalla corte di cassazione*, 24 *vendemiale*, *anno* 12, *Sirey*, *tom*. 12 *parte* 2. *pag*. 64.)

1425. *Il termine suppletorio accordato dall'art.* 397 *nel caso in cui siavi luogo alla dimanda di riassunzione d'istanza, è comune ad amendue le parti?*

In altri termini: *l'attore può invocare siffatto termine, allorchè spetta al convenuto di riassumere l'istanza?*

Con arresto della corte di cassazione, sezione delle dimande, del 12 luglio 1810 (*Sirey*, *tom*. 10, *p*. 368), fu deciso che se l'art. 397 dispone, che ne'casi in cui vi è luogo alla riassunzione d'istanza, il termine di tre anni sarà aumentato di sei mesi era però chiaro che tale proroga era stabilita esclusivamente nell'interesse della parte avente dritto a siffatta riassunzione; ed in conseguenza una parte non poteva pretendere di non essersi contro di lei acquistato il dritto alla perenzione sotto il pretesto che *essendo morto* il suo avversario, il termine era stato prorogato a'sensi dall'art. 397, e che una tal morte *non essendole stata notificata*, essa poteva *sempre agire validamente* sino alla suddetta notificazione. — (*Ved. l'art.* 844 ✝ 927, *e la decisione della corte di Parigi del* 17 *aprile* 1809, *Sirey*, *tom*. 10, *pag*. 70.)

Due simili decisioni furono pronunziate, l'una dalla corte di Treves, il 17 giugno 1813 l'altra da quella di Parigi, il 1 luglio 1812. Ma la corte di cassazione, sezione civile, decise il giorno 2 aprile 1823 (*Sirey*, *tom*. 23 *pag*. 197), che l'art. 397 non limitava la prorogazione ad alcuna delle parti, perciocchè è concepito in una maniera generale ed assoluta, comprendendole tutte, e rendendola loro comune; il che è giustissimo, come sta detto benanche nelle sue considerazioni, perciocchè, se è conforme alla ragione ed alla equità accordare una tale proroga agli eredi della parte defunta per dar loro il tempo di deliberare, non l'è meno accordandolo agli avversari della suddetta parte, per lasciar loro il tempo di conoscere gli eredi e citarli per la riassunzione dell'istanza; che finalmente non si potrebbe diversamente giudicare senza introdurre nella legge una distinzione ed una restrizione che la lettera e lo spirito di essa egualmente respingono (1).

Epperò, sempre in conseguenza degli stessi principi fu deciso:

1. Dalla corte di Riom (*il* 17 *maggio* 1810; *Sirey*, *tom*. 11, *pag*. 314), che la morte di una delle parti, avvenuta sotto l'impero del codice di procedura, non interrompe la perenzione che per sei mesi, ancorchè l'istanza fosse stata introdotta pria della pubblicazione del codice:

2. Dalla corte di Brusselles (*il* 14 *aprile* 1810, *Sirey*, *tom*. 14, *pag*. 349), che se la morte sia avvenuta pria della detta epoca, non devesi affatto comprendere nel termine fissato dal codice il tempo decorso dopo la morte fino alla pubblicazione.

Del rimanente osserviamo che il concorso

(1) Vedrassi che questa decisione non è in opposizione con quella del 12 luglio 1810, ove si rifletta ch'essa fu pronunziata in una specie in cui gli avversari della parte defunta non aveano alcun interesse alla riassunzione della istanza, poichè essi potevano validamente continuare le procedure, secondo l'articolo 362 ✝ 454, non essendosi loro notificata la morte, mentre che nella specie della decisione del 1823 la causa non era in istato di esser decisa.

di due circostanze, che darebbero luogo isolatamente all'aumento di sei mesi, secondo l'art. 397, non autorizza una doppia prorogazione dello stesso termine.

Epperò, allorchè in una istanza avverasi ad un tempo la morte della parte e del patrocinatore, non vi ha luogo che ad una sola prorogazione del termine. — (*Cassazione*, 19 *agosto* 1816, *Sirey*, *tom* 17, *pag*. 47.)

1426. *Potrebbe pronunziorsi la perenzione di una istanza risguardante una quistione di stato?*

Menelet, nel suo Trattato delle perenzioni, p. 53, sostiene la negativa, perocchè, egli dice, il destino delle cause di tale importanza non deve dipendere dalla negligenza di un litigante. In effetti, se i consensi erronei di una persona non pregiudicano il suo stato, a maggior ragione nol potrebbe un abbandono di procedura.

Tale quistione non incontrava in Brettagna alcuna difficoltà atteso che dovean concorrere unitamente la perenzione e la prescrizione; di modo che essendo l'azione di natura tale da non potersi prescrivere, era chiaro che non poteva esservi perenzione.—(*Ved. Duparc-Poullain*, *tom*. 6 *pag*. 293, *n*. 114.)

Le azioni concernenti lo stato delle persone sono oggidì imprescrittibili, come l'erano anticamente e come lo saranno sempre; ma l'art. 397 del codice di procedura non fa alcuna distinzione, in rapporto alla natura dell'azione che forma la materia dell'istanza . . . . *Ogni istanza*, egli dice, *si perime colla interruzione delle procedure durante tre anni*; sembra adunque che il legislatore vi abbia compreso le istanze sopra le azioni di stato; e noi non vediamo che il principio della imprescrittibilità di siffatte azioni vi si opponga, dacchè l'art. 401 † 494 dichiara che la perenzione non estingue l'azione.

Del resto gli antichi scrittori dissentivano sulla presente quistione. Menelet cita Aussennet come quegli che professava una dottrina contraria; e Duparc, sostenendo che la perenzione non avea luogo contro le quistioni di stato, fondasi sopra i principi della nostra giurisprudenza brettone, la quale, egli dice, previene *ogni difficoltà sulla perenzione in materia di stato delle persone*. Egli è chiaro adunque che la opinione di Menelet non era generalmente adottata, ed il codice ha tolto ogni incertezza, adoperando espressioni generali.

1427. *E' forse la perenzione di sua natura indivisibile, anche quando l'oggetto della causa sia suscettibile di divisione; e quali sarebbero le conseguenze di siffatta indivisibilità?*

Devesi ritener per certo, per principio generale, che la perenzione è sempre indivisibile. Epperò, allorchè diverse parti che hanno lo stesso interesse intervengono in una istanza basta che la perenzione non abbia potuto correre contro una di esse, per non potersi acquistare contro le altre. (*Ved. Menelet*, *pag*. 157.) E per una seguela di conseguenze, i mezzi d'inammissibilità contro una dimanda di perenzione, che ha dritto ad opporre uno dei convenuti nella detta dimanda, giovano a tutti gli altri — (*Cassazione*, 8 *giugno* 1813, *Sirey tom*. 13, *pag*. 458.) (1)

Le discussioni riportate su questa decisione presentano tutti gli sviluppamenti che possonsi desiderare in appoggio delle suddette opinioni; ma non si scioglie però in modo positivo la quistione se, quando vi siano più convenuti, tra' quali un solo dimandi la perenzione, siavi luogo a scindere l'istanza per dichiararla perenta contro lui solo, o se tale dimanda induca la perenzione d'istanza anche rispetto a quelli i quali non avessero fatta la stessa dimanda. A noi però sembra chiaro che stabilitosi una volta il principio d'indivisibilità, ne segue come conseguenza necessaria che, opponendosi un collitigante alla dimanda di perenzione, siccome vigerebbe la istanza a suo riguardo, deve ancora sussistere per tutti gli altri (2).

(1) Per un altra conseguenza de' medesimi principi, la corte di Rion giudicò il 30 gennaio 1815 (*Sirey*, *tom*. 14, *parte* 2, *pag*. 352) non potersi ammettere la dimanda di perenzione di un istanza di appello introdotta sotto l'antica legislazione, allorchè una opposizione simultaneamente formata contro alla stessa sentenza neanche fosse ammessibile. Di fatti in questa specie, la perenzione non avrebbe estinta la istanza, la quale mercè dell'opposizione, avrebbe continuato a sussistere innanzi ai primi giudici.

Ma è da osservarsi che questa decisione a nulla influisce sotto l'impero del codice, il quale non accorda la facoltà di appellare se non dopo spirati i termini per l'opposizione. — (*Vedi appresso l'art*. 443 † 507.)

(2) In conseguenza dello stesso principio, la dimanda di perenzione allorchè non è diretta contro a tutt' i punti della controversia debb' essere rigettata. Essa è senza effetto, anche rispetto al punto contro al quale è stata diretta: importan-

QUISTIONI TRANSITORIE SULL' ART. 397 (*).

1428. *La dimanda di perenzione di una istanza, introdotta pria della pubblicazione del codice di procedura civile, va forse instruita e giudicata secondo la disposizioni del detto codice, o pure colle regole dell' antica giurisprudenza?*

È un principio ormai stabilito, atteso la frequente applicazione fattane dalle corti supremi, che la dimanda per la perenzione d'istanza *è una novella procedura in conseguenza di una precedente, ed interamente indipendente dalla causa principale.* — (*V. gli arresti della Corte di Cassazione de'* 5 *gennaio* 1808, 12 *luglio* 1810, 15 *luglio* 1818, *Sirey tom.* 8, *pag.* 119, *tom.* 10. *pag.* 368, *e tom.* 19, *pag.* 25.)

La conseguenza immediata di un tal principio, cioè di esser la dimanda di perenzione necessariamente *novella e principale*, si è ch'essa deve esser regolata colla legislazione sotto il cui impero vien formata, e conseguentemente oggidì secondo le disposizioni del codice di procedura, come risulta dall'art. 1041 + T. del detto codice — (*Rennes*, 16 *gennaio* 1818.)

Epperò, nella specie della nostra quistione, ritiensi come acquistato il diritto alla perenzione, non ostante la giurisprudenza delle provincie in cui, come in Brettagna, la perenzione non era ammessa se non che quando concorreva colla prescrizione, ed in cui la distribuzione delle cause prorogava di trent' anni il termine dell' una all' altra.

All' indarno il convenuto nella perenzione cercherebbe di trar vantaggio da siffatta giurisprudenza, per sostenere che non possonsi applicare le disposizioni del codice, attesochè stabilisce su tal punto un dritto nuovo.

La risposta a tale obiezione, che spesso si riproduce, trovasi senza replica nel principio pocanzi enunciato, val dire che la dimanda di perenzione è *principale*, e che essendo formata sotto l' impero del codice, essa deve decidersi secondo le sue disposizioni, senza aver riguardo agli usi formalmente abrorogati, noi lo ripetiamo, dall' art. 1041.

Aggiungiamo che così giudicando, non viene a ledersi un dritto acquistato sotto l'antica legislazione, più che nol faccia l' art. 2281 + 2197 del codice civile, a' termini del quale il decorrimento di trent' anni fa acquistare il dritto alle prescrizioni per le quali le leggi, anteriori esigevano un tempo maggiore (*Ved. qui appresso sull'art.* 398 + 491.)

1429 *Ma non potrebbesi opporre la perenzione come eccezione, qualora essendosi introdotta l'azione pria della pubblicazione del codice, la prescrizione erasi anteriormente compita?*

Certo che sì, perciocchè in tal caso vi ha un dritto acquistato sotto l' impero della legisla-

do poco che l' oggetto della lite sia divisibile. (*Limoges* 21 *febbraio* 1821; *Sirey, tom.* 21, *pag.* 165.)

[La perenzione è indivisibile, tal che la istanza validamente riassunta da uno dei collitiganti, sfugge alla perenzione relativamente a tutti. (*Brusselles Cassaz.* 19 *agosto* 1814, *Giurispr. di detta Corte an.* 1824, *vol.* 1, *pag.*)]

[Ma bisogna diversamente decidere se gl' interessi dei collitiganti sono divisi e non sono gli stessi (*Brusselles*, 19 *gennaio* 1820. *Giurisprudenza di detta corte*, *anno* 1820, *vol.* 1, *pag.* 315.)]

(*) A norma di quanto abbiam cennato nella nostra nota * a pag. 91 tali quistioni non possono riguardarci, poichè presso di noi, anche anticamente, richiedeasi per le perenzioni la scadenza di un triennio.

Piuttosto proporremo una quistione, la quale non può aver luogo in Francia, ma soltanto presso di noi, essendosi nelle nostre leggi soppresso l'art. 15 del codice di procedura francese.

La perenzione d istanza è applicabile alle materie di competenza de' Giudici Regi?

Questa quistione fu trattata dal Regio Giudice di Sessa, il quale con molta accuratezza, ragionando la sua sentenza de' 24 luglio 1840, rigettò le opposizioni avverso una contumaciale tendenti a non rendere applicabile la perenzione d' istanza alla materia di competenza de' giudici Regi.

Fu prodotto appello avverso tale sentenza: ed ecco in qual modo in grado di appello n' è stata profferita la conferma.

» Quistione. *È soggetto a perenzione un atto di citazione fatto avanti al Giudice di circondario?*

Attesochè il fine principale della perenzione è quello di metter termine alle contestazioni—che se da questa ragione emanano le disposizioni per la perenzione degli atti di procedura nelle materie attribuite ai tribunali civili, vièpiù deve ritenersi per quelli di competenza de' giudici regi, ove le cause si trattano sommariamente e sono di un valore determinato. — Che posto ciò, ben si è avviseto il Giudice Regio di Sessa a rigettare la proposta inammissibilità della perenzione eccepita contra la citazione dal giorno 18 aprile 1833, relative a cause di competenza di Giudice circondariale ec ec. — Per tali considerazioni rigetta l' appello — Tribunale civile di Terra di Lavoro — 2. Camera — causa *Mensa d' Ischia e Frangenti di Sessa* 22 marzo 1841. (*Vedi il Manuale del Giureconsulto di Vaselli? Vol.* 5 *e* 6 *pag.* 174).

*

zione antica, dritto al quale le leggi posteriori non possono recare alcun pregiudizio. Epperò la soluzione data alla precedente quistione è relativa solamente al caso in cui il tempo richiesto per la perenzione essendo decorso pria della pubblicazione del codice, si pretenderebbe esser sufficiente che la prescrizione fosse compita sotto il suo impero, per poterla opporre, malgrado gli atti validi che fossero stati fatti.

1430. *Ma per completare il tempo che si esige per la perenzione, potrebbesi aggiungere a quello decorso pria della pubblicazione il tempo passato senza procedure?*

La corte di cassazione decise, il 2 aprile 1823, che ciò non poteva aver luogo se non quando il tempo anteriore al codice avesse avuto un corso utile per la perenzione, secondo gli antichi principî; diversamente, non poteva acquistarsi dritto alla perenzione se non col decorso di tre anni passati senza procedure dopo la promulgazione del suddetto codice. — (*Sirey, tom.* 23, *pag.* 177)

1431. *Dal perchè la perenzione è regolata dal codice di procedura, risulta forse che, quantunque siasi introdotta l'istanza pria della sua pubblicazione, gli antichi sequestri reali vi sieno soggetti, in quei luoghi ne' quali non cadevano in perenzione?*

Secondo l'art. 91 dell'ordinanza del 1629, il quale richiama la disposizione dell'art. 15 di quella di Roussillon, ogni istanza e qualunque incanto si perimevano colla interruzione delle procedure durante tre anni, non ostante l'istituzione de' commessari.

Non così nella giurisdizione di Parigi, secondo un arresto del 28 marzo 1782, in cui i sequestri non soggiacevano a perenzione, allorchè vennero stabiliti i commessari ed affitti fatti in conseguenza —(*Ved. Menelet, pag.* 61.)

Sarebbe stato lo stesso in Brettagna, se si volesse tener conto di quanto asserisce Duparc ne' suoi Principî, tom. 6 pag. 294, n. 118. Ma questo scrittore, nel suo Sommario degli atti di notorietà, pag. 168, confessa che il certificato delle pubblicazioni all'incanto non perdurava che tre anni, se vi erano stati affitti giudiziari, e conveniva che *la perenzione avea luogo nel sequestro reale allorchè concorreva colla prescrizione.*

Tal fu benanche la sola modificazione fatta dal Parlamento di Parigi al registro dell'ordinanza del 1629, risultante da un atto di notorietà del 25 marzo 1693, riportato da Devolant, alla pag. 192, coll' osservazione del glossatore, che vi bisognava il concorso della prescrizione.

Laonde noi inclineremmo a credere non potersi sostenere che in Brettagna i sequestri reali non perimevansi, allorchè eravi l'instituzione de' commessarî e gli affitti in conseguenza, quantunque l'opposto siasi giudicato dalla corte di Rennes, il 10 marzo 1818.

Che se la nostra opinione è fondata, ne risulta che decorsi, dalla promulgazione del codice di procedura, tre anni senza procedure su di un' antica istanza di sequestro reale, il dritto alla perenzione, secondo i principî esposti nel precedente numero, può acquistarsi in Brettagna, perciocchè non si ha più conto della prescrizione dopo la promulgazione del detto codice. Puossi benanche acquistare nelle giurisdizioni in cui essa non era ammessa, poichè la legge novella ha cambiata la giurisprudenza, e l'intervallo di tempo da essa fissato è decorso sotto il suo impero; ciocchè esclude il rimprovero di retroattività.

Egli è vero che, dopo il decreto delli 11 gennaio 1811, relativo a' sequestri fatti pria della legge delli 11 brumaio anno 7, potrebbesi riguardare come superflua la discussione nella quale siamo entrati, atteso che questo decreto prescrive;

Art. 1. Che ne' sei mesi posteriori alla sua pubblicazione, i litiganti saranno obbligati di far eseguire detti sequestri, e di far procedere all' aggiudicazione de' beni sequestrati innanzi a' tribunali ove sono situati i detti beni.

Art. 2. Che mancandosi da' litiganti di far procedere in questo termine all'aggiudicazione diffinitiva, l' amministrazione de' demani vi farà procedere ne' sei mesi susseguenti.

Ma non conseguita da siffatte disposizioni, che se i litiganti o l' amministrazione de' demani non vi si sono conformati, l' istanza di sequestro dev' esser perenta di dritto.

D' altronde, come giudicò la corte di Rennes colla decisione già citata del 10 marzo, il suddetto decreto del 1811 non ebbe per oggetto se non se di dare a sequestranti i mezzi di riprendere e terminare le loro procedure, mettendo fine a questa parte della gestione de' demani, senza pregiudicare a'dritti rispettivi delle parti interessate.

Per la qual cosa può succedere che la quistione da' noi discussa e svilnppata, si presenti benanche all' esame de' tribunali (*).

ART. 398 + 491. *La perenzione corre anche contro lo stato, contro gli stabilimenti pubblici, e contro qualsiasi persona anche minore, salvo il regresso contro i loro amministratori o tutori.* (1)

Ordin. tit. 27, art. 5. — LL. art. 2278.

CCCXXVI. Anticamente la perenzione non correva indistintamente contro ogni persona si eccettuavano, per esempio, le cause dello stato, per la ragione che i beni erano inalienabili; ma il codice civile avendo stabilito, nell' art. 2227 + 2133, potersi prescrivere contro lo stato, considerò che conveniva, per esser conseguente a se stesso, di decidere nello stesso modo relativamente alla perenzione. Del rimanente, siccome i stabilimenti pubblici e tutt' i corpi morali, a simiglianza di quelli che non possono agire in giudizio; sono provveduti di amministratori, le disposizioni del presente articolo nulla hanno d'ingiusto, avendo essi contro tali amministratori, la cui negligenza avesse cagionata la perenzione, il regresso per l'indennità del pregiudizio sofferto.

1432. *La perenzione d' istanza decorre forse contro i militari in attività di servizio ?*

La legge del 6 brumaio, anno 5, art. 2, dichiara non potersi opporre veruna perenzione d' istanza a' militari ed impiegati nelle armate, se non dopo la pubblicazione della pace generale. Ma questa pace fu proclamata col trattato di Amiens, dicono gli scrittori del Pratico francese, tom. 2. pag. 407, ed il codice di procedura lungi di ripetere siffatte disposizioni, stabilisce che la perenzione decorre contro tutte le persone, non che contro i minori, lo stato, gli stabilimenti pubblici; d' onde i suddetti scrittori conchiudono che i militari non possono esser eccettuati.

Una tale opinione fu costantemente rigettata dalla corte di cassazione, la quale sino a' trattati del 1814, continuò ad applicare la legge di brumaio anno 5, e noi ci avvisiamo che fino a quando non intervenga una novella legge, quest' applicazione avrebbe luogo a favore di ogni militare o impiegato che, durante il corso di un giudizio, abbia fatto parte di un armata belligerante.

1433. *La perenzione decorre contro il minore non provveduto di tutore ?*

Che no, risponde Pigeau, tom. 1 pag. 446, perciocchè l' art. 398 non assoggetta il minore alla perenzione, se non che a condizione di un regresso contro il tutore; non possonsi quindi

(*) Si perime una dimanda di perenzione? No — (*Vedi la decisione pronunziata dalla G. Corte civile di Napoli*, 1. *Camera, dicembre* 1831, *causa Zea e Pietrecatella.*)

(1) GIURISPRUDENZA

1. Potrebbe opporsi la perenzione ad un comune che fosse stato in giudizio senza essere munito di superiore autorizzazione — (*Parigi* 17 *gennaio* 1809; *Sirey tom.* 9 *supp. pag.* 267.)

2. Essa può essere opposta anche nel caso in cui il comune sia stato obbligato di rimanersi nella inazione per ottenere l' autorizzazione. — (*Nimes* 31 *agosto* 1812; *Giornale de' patrocinatori*, *tom.* 7, *pag.* 176.)

3. La parenzione si sana con atti validi anche nelle istanze in fatto di registro — (*Cassaz.* 1821; *Sirey*, *tom.* 22, *pag.* 31.)

4. Essa si sana con una comunicazione di documenti, richiesta e ricevuta dalla parte, la quale forma in seguito la sua dimanda di perenzione (*Rennes* 13 *agosto* 1813) e con una intimazione ad oggetto di comunicarli, fatta dall' attore principale. — (*Rennes* 3 e 9 *aprile dello stesso anno.*)

5. La citazione per la riassunzione della istanza sana la perenzione, e per conseguenza la parte a cui venne fatta non può far risultare la perenzione dall' abbandono delle procedure pel corso di più di tre anni antecedenti a tale citazione. È questa una conseguenza diretta per la ragione che la perenzione non può opporsi come eccezione. — (*Parigi* 6 *maggio* 1813; *Giornale de' patrocinatori*, *tom.* 7 *pag.* 356.)

6. Il ricorso in cassazione non istabilisce una istanza propriamente detta, sino a che non è stata portata alla sezione civile, e per conseguenza esso non interrompe il termine per la perenzione. — (*Cassaz.* 13 *novembre* 1815; *Sirey*, *tom.* 16, *pag.* 132.)

7. La perenzione essendo sanata con un atto legittimo fatto prima della dimanda, questa dimanda debb' essere esclusa di officio, ancorchè le parti non propongano l' eccezione desunta da la circostanza. — (*Cassaz.* 26 *ottobre* 1812; *Sirey*, *tom.* 13, *pag.* 132.)

8. Il corso della perenzione resta interrotto dalla morte del tutore, relativamente al minore che rappresenta. — (*Bruselles* 1. *febb.* 1819, *Giurisprudenza della detta Corte*, *anno* 1819, *vol.* 1, *pag.* 260.)

scindere le due parti della disposizione del citato articolo.

Quello che deve determinare ad adottare una tale opinione, si è appunto che la stessa conformasi a quanto praticavasi anticamente. — (*Ved. Lange, pag.* 494, *il nuovo Repertorio, tom.* 9, *pag.* 210, *e segnalamente Menelet*, *alla pag.* 98.)

Art, 399 † 492. *La perenzione non ha luogo ipso jure; s'intende sanata con susseguenti atti legittimi fatti dall' una e dall' altra delle parti prima della dimanda di perenzione.*

CCCXXVII. Secondo quest' articolo la perenzione dev' essere dimandata (1), ed il giudice non può supplirla di officio. Evvi ad osservare una differenza, tra la perenzione acquistata nella giustizia di pace (*Ved. l'art.* 15 † T) e quella che acquistasi nelle altre giurisdizioni. V' ha puranco una differenza tra la perenzione è la prescrizione che ha luogo di pieno dritto, e che in conseguenza opponesi per eccezione. Pria della pubblicazione del codice, non eravi giurisprudenza fissa su tale materia; in Brettagna, la perenzione, come abbiamo detto, avea luogo di pieno dritto, concorrendo colla prescrizione, ed in nessun luogo esistevano regole precise risguardanti i mezzi per interromperla, come pure sull' effetto di un atto nullo.

Ed è principalmente in forza dell' articolo in esame che il nuovo codice ha tolto ogni incertezza su tal riguardo.

1434. *Nel caso in cui la perenzione siasi acquistata di pieno dritto sotto l' impero delle antiche leggi, può forse, sotto il codice attuale, esser opposta per eccezione?*

L' art. 15 dell' ordinanza del 1853 stabiliva il principio ritenuto dall' art. 339 che la perenzione non avea luogo di pieno dritto, ed in conseguenza, la corte di cassazione si è pronunziata molte volte allo stesso modo, come infatti avvisammo nel numero precedente, cioè che la perenzione dovea essere dimandata. (*Ved. un'altra decisione del* 26 *ottobre* 1812, *Sirey tom.* 14. *pag.* 132.)

Ma in molti distretti la giurisprudenza era differente, e d' altronde la corte di cassazione molte volte decise che in quelle giurisdizioni in cui la prescrizione dell' azione era la conseguenza della perenzione dell' istanza, quest' ultima acquistavasi di pieno dritto. — (*Ved. gli arresti di cassazione dell'* 11 *e* 12 *termidoro anno* 13, *Sirey, tom* 13, *pag.* 131.)

Adunque supponiamo che in siffatti distretti l' attore nella causa principale faccia oggidì un atto utile di procedura, potrebbe forse il convenuto, non ostante l' art. 399, opporre per eccezione la perenzione acquistata pria della pubblicazione del codice?

Siffatta quistione venne giudicata per l' affermativa da un arresto della corte di cassazione del 25 novembre 1813. (*Sirey tom.* 14, *pag.* 881), sulle considerazioni che la parte la quale opponeva la perenzione acquistata lungo tempo pria della pubblicazione del codice, non avea rinunziato al dritto acquistato anteriormente alla novella legislazione, e in tempo in cui il senso dell' art. 15 dell' ordinanza di Rousillon era stato interpetrato in ciascun Parlamento dalla giurisprudenza.

Sarebbe lo stesso in Brettagna, secondo l' atto di notorietà riportato da Duparc-Pullain (*tom.* 3, *del suo Giornale*, *pag.* 794) col quale costantemente dichiarasi che *tutto è annullato* mercè il concorso della perenzione e della prescrizione; che giammai si sono conosciute azioni *per far ritenere la istanza perenta*, e che è sufficiente *opporre la perenzione*, allorchè si è chiamata a riassumere l' istanza (1).

(1) *Debb' essere dimandata.* Ma vi si acquista irrevocabilmente dritto nel tempo stesso della dimanda, se il termine prescritto dalla legge sia decorso tra questa dimanda e l' ultimo atto di procedura. In Ginevra essa ha luogo di pieno dritto; » Noi non esigiamo, dicono gli autori di » quella legge, un nuovo litigio il quale meni » seco istruzione e discussione, suscettibile di op- » posizione e di appello, per ottenere che il pri- » mo sia dichiarato estinto. La disposizione del » Codice Francese (*art.* 399 † 492) che ne im- » pone la necessità sembra togliere tutto il van- » taggio della perenzione. Essa è una transazio- » ne del legislatore coi pratici. L' abbandono di » una causa è comprato a prezzo dall' altra. » Noi non sapremmo contraddire la giustizia di questa critica.

(1) Ma bisogna perciò che la prescrizione siasi compita sotto l' impero dell' antica giurisprudenza. Se per esempio fossero decorsi tre anni prima della pubblicazione del codice, ma che la prescrizione del merito, in quanto al dritto, si fosse compita sotto l' impero di questo codice, il convenuto nell' aziona non potrebbe essere ammesso a pretendere che la dimanda di riassunzione d' i-

Adunque si può oggidì, nonostante la disposizione contraria dell' art. 399, opporre per eccezione una perenzione acquistata sotto lo impero di una giurisprudenza, la quale autorizzava far la dimanda mediante questo mezzo, ed in conseguenza nel modo come la corte di cassazione decise, gli atti fatti dalla parte contro la quale potrebbe opporsi la perenzione, non sarebbero un ostacolo all' eccezione dell' altra; in altri termini, siffatta eccezione non potrebbe esser sanata che dalla parte interessata ad opporla.

1835. *Nel sudetto caso, potrebbero i giudici supplire la eccezione se il convenuto nella causa principale trascurasse di prevalersene?*

Sotto l' impero dell' antica giurisprudenza giammai la perenzione ha potuto supplirsi dal giudice, come neanco può esserlo attualmente; ma bisognava che fosse stata proposta dalla parte, e le procedure rianimavansi dal momento ch' essa procedeva volontariamente, senza allegare la perenzione. — (*Duparc Poullain Princip. di dritto*, *tom.* 6 *pag.* 288.) D' onde conseguita che in niun caso i giudici possono supplirla di officio (1).

1436. *Può annoverarsi nella categoria degli atti leggittimi, l' effetto dei quali sarebbe quello di sanare la perenzione, un atto qualunque, che a dir vero potrebbe rannodarsi alla istanza, ma che non fosse fatto nella istanza medesima?*

Bisogna convenire che queste espressioni *atti legitimi* adoperate dall' art. 399 sono oltremodo vaghe; di talche la loro spiegazione ha formato l' oggetto di moltissime discettazioni, giungendosi sino a ritenere che atti frustranei sanerebbero la perenzione. (*Vedi la quistione seguente.*) Ma niuno scrittore ha supposto che atti estranei all' istanza possano produrre questo effetto, anzi Berriat Saint-Prix alla pag 357 asserisce che può intendersi per atto legitimo solamente quello non suscettibile ad esser annullato, ed anche tutti quegli atti di cui la legge non pronunzia la nullità o che non sono affatto estranei alla natura della procedura, sanano la perenzione.

Lange e Rodier dicono la stessa cosa sul tit. 29, dell' ordinanza, parlando degli atti estranei alle cause.

Ma gli atti *estranei alla natura della procedura*, seconda Berriat, o alla *causa*, secondo questi due antichi commentatori, sono evidentemente atti estranei alla istanza la quale potrebbe addivenire l' oggetto di una dimanda di perenzione.

In effetti la perenzione è la estinzione della istanza per la interruzione della procedura, ma essa dee esser dimandata. Gli atti che possono sanare, valdire impedire siffatta dimanda, devono dunque essere della stessa natura di quelli che avrebbero impedito di acquistar dritto alla perenzione, ed in conseguenza debbono improntar il carattere di atti di procedura, o in altri termini, di atti tendenti alla istruzione ed alla decisione della causa. Ogni atto fatto fuori dell' istanza, per un fine diverso dalla sentenza da pronunziarsi, e per qualunque altro oggetto, non è da considerarsi relativo alla suddetta istanza.

Poco importa che questi atti estranei abbiano qualche relazione più o meno diretta alla cosa litigiosa; tostochè non hanno alcun rapporto all' istruzione della causa, non sanano la perenzione perciocchè non operano una continuazione di procedura, e lasciano all' opposto l' istanza nello stato di abbandono che dà luogo alla perenzione.

Da siffatte osservazioni risulta che gli atti di cui parla l' art. 399 non possono essere che atti di procedura fatti sull' istanza soggetta alla perenzione e dinanzi al tribunale che ne ha conoscenza (2).

stanza non impedisca di proporre la perenzione; poichè non si sarebbe acqoistato dritto alla medesima sotto il regime dell' antica giurisprudenza la quala nol riputava acquistato, se non pel concorso di due intervalli di tempo richiesti, l' uno per la perenzione e l' altro per la prescrizione.

(1) Al contrario se la parte contro cui la perenzione è male a proposito opposta per eccezione trascura di respingerla per mezzo dell' eccezione d' inammissibilità risultante dal perchè essa non può essere dimandata se non per azione, il giudice potrebbe di officio rigettare l' eccezione, perchè l' atto di riassunzione, d' istanza che ha preceduto e la cui regolarità non è contradetta si oppone sufficientemente all' ammissione dell' perenzione. Ciò appunto risulta dalla decisione citata alla nota 7. pag. 107.

(2) Ed appunto in conseguenza di questi principj la corte di Torino, con decisione del 5 aprile 1811 (*Sirey tom.* 14, *pag.* 347) giudicò che la perenzione di un istanza in appello non è interrotta da atti che le sono estranei, e spe-

1437. *Che cosa intendesi per le parole atti legittimi?*

S' intendono gli atti ordinati o permessi dalla legge, e che una delle parti ha notificati alle altre (*ved. la decisione del* 5 *gen.* 1808 *citata sulla quistione* 1423; ma vi sono degli atti ordinati o permessi che posson esser nulli per mancanza di forma; siffatti atti, come asserisce Pigeau, non sanano la perenzione.

Questa opinione ci sembra tanto più fondata in quanto che trovasi in armonia colla disposizione dell' art. 2247 † 2153 dal codice civile. D' altronde può forse dirsi che gli atti nulli siano atti legittimi? (1)

1438 *Gli atti di procedura non colpiti da nullità, ma però non permessi dalla legge, come i duplicati in materia ordinaria, le scritture in materia sommaria, sanerebbero forse la perenzione?*

Siffatti atti non sono riprovati dalla legge se non relativamente alla tassa; epperò non annullandoli, ne conserva intrinsecamente la *legitimità*. Del rimanente, come osserva Pigeau tom. 1, pag. 448, la parte contraria può ricavar vantaggio dal contenuto di essi, essendo tali atti legittimi in se stessi; hanno dunque l'effetto d' interrompere e di sanare le perenzione. (*Ved. Berriat Saint-Prix pag.* 356, *not.* 12.)

Ma, secondo molti scrittori, gli atti assolutamente estranei alla causa, o contenenti la ripetizione di uno stesso atto già notificato, sembrano non dover produrre, a differenza di quelli di cui pocanzi parlammo, lo stesso effetto, perciocchè non possono esser di alcun peso nella causa. — (*Ved. Lange, pag.* 500, *Rodier, sul tit.* 14 *dell' ordin. nella fine; ed il Trattato di Menelet, pag.* 141.)

1439. *Rimane sanata la perenzione con atti fatti dinanzi ad un giudice incompetente?*

Con arresto del 20 brumaio anno 13 la corte di cassazione, sezione dei ricorsi, risolse in un modo affermativo la presente quistione, la quale poteva esser suscettibile di controversie pria della pubblicazione del codice civile, il di cui art. 2246 † 2152 dispone che la citazione fatta benanche dinanzi un giudice incompetente, interrompe la prescrizione.

Siffatta questione presentossi in una circostanza in cui l' attore per la perenzione avea proceduto colla stessa dimanda dinanzi due tribunali differenti — (*Ved. la giurisprudenza delle corti supreme, tom.* 4 *pag.* 506 *e Sirey tom.* 5 *pag.* 365.)

Ma la soluzione è esatta solamente nel senso cioè, che se l'istanza pendesse dinanzi un giudice incompetente non sarebbe una ragione per dichiarare la istanza perenta, senza aver riguardo agli atti di loro natura idonei a sanarla. Quindi il tribunale giudicherebbe sanata la perenzione, salvo in prosieguo a pronunziare sulla eccezione d' incompetenza. — (*V. le nostre quist. sull' art.* 469.)

Osserviamo inoltre, che inutilmente abbiamo ricercato quale sia stata la specie sulla quale fu pronunziato il suddetto arresto, essendosi tutt' i compilatori di arresti che lo riportano limitati ad enunciare che la dimanda erasi presentata dall' attore per la perenzione innanzi a due tribunali diversi. Ma comunque sia, noi non crediamo che un tale arresto possa distruggere quello detto di sopra alla pag. 103 not. 1, non solamente pel motivo ch' è difficile comprendere come un attore per la perenzione, ch'è necessariamente convenuto nella causa principale, abbia potuto presentare due di-

cialmente da un precetto per eseguirsi la sentenza impugnata, quantunque questo precetto fosse stato seguito da opposizione.

La corte di Rennes colla citata decisione del 16 giugno 1818 giudicò per lo stesso motivo, che una petizione presentata all' amministrazione: ed una citazione fatta presso una giustizia di pace per far eseguire una sentenza impugnata, non potesi opporre come atto legittimo capace d' interrompere la perenzione.

(1) Ma secondo le osservazioni che ben tosto faremo sul modo di *mettere a ruolo* la causa, noi non vorremmo ammettere la condizione, se non quando la natura dell' atto col quale si pretende aver sanata la perenzione, comporti questa notificazione o che sia dalla legge prescritta.

Soltanto mediante questa limitazione si può seguire la decisione della corte di Parigi del 22 giugno 1813 (*Sirey, tom.* 14 *pag.* 346), la quale ritiene che una sentenza contumaciale non notificata non interrompe la perenzione. Di fatti, non potendo una sentenza contumaciale produrre alcun effetto, se non è notificata, deve considerarsi pel contumace come non avvenuta, qualora manchi una tale notificazione. Ma adottando siffatta decisione, noi crediamo non doversi conchiudere, siccome sembra farlo supporre le *considerazioni* di essa, che per avere l' effetto di sanare la perenzione, bisogna che *in tutt' i casi* sia stato conosciuto dalla parte avversa per mezzo della notificazione.

mande in due tribunali diversi, ma segnatamente pel motivo che la decisione fu pronunziata pria della pubblicazione del codice di procedura, il quale, giusta le parole dell'art. 399, non da luogo a dubitare che il detto articolo risguarda gli atti fatti nell' istanza, e dinanzi il tribunale che ha conoscenza della controversia.

1440. *L' iscrizione della causa nel ruolo s anerebbe forse la perenzione ?*

La importanza di questo punto di procedura, deciso per la negativa dalla corte di Tolosa il 5 febbraio 1810, (*ved. la giurisprudenza delle corti supreme, tom.* 4 *pag.* 527) e per l' affermativa, da quella di Rennes, ci obbliga ad entrar qui in tutti quegli sviluppamenti che il suo esame richiede.

Fa mestieri primamente osservare che sotto l' impero dell' antica giurisprudenza, secondo asserisce Menelet, pag. 134 e 136, tutti gli scrittori di Parigi avvisavano *che una causa messa a ruolo non perimevasi più*. E dopo averli citati, egli ammette la perenzione solamente nel caso in cui la causa messa a ruolo non essendo chiamata, e venendo cangiato il ruolo, trascurerebbesi di farla novellamente iscrivere. « E questa dilingenza, soggiunge, resta a cura del procuratore, il quale se trascura questo espediente per tre anni consecutivi, come potrà esimersi dalla perenzione? »

L' art. 91 dell'ordinanza del 1629, ammettendo la sospensione del corso della perenzione in risguardo alle cause messe a ruolo, si limitava alla durata dello stesso; nè faceva incominciarla che nel caso in cui il patrocinatore non presentava al presidente una dimanda de'litiganti per far di nuovo iscrivere la causa al ruolo.

Menelet riporta un arresto del 1629 il quale decide nello stesso modo; e tal' era benanche la consuetudine del Parlamento della Brettagna, come l' attesta Hevin nelle sue osservazioni sulla perenzione, in fine del primo volume degli arresti di Frain, pag. 30.

Per la verità siffatte autorità, non che molte altre citate da Menelet, non bastano per decidere la nostra quistione sotto l'impero del codice di procedura, ma per lo meno concorrono a stabilire la interpetrazione nel senso da esse indicato. *Priores leges ad posteriores trahuntur.*

Ritornando alle disposizioni del codice, non vi ha dubbio che la questione non può riattaccarsi che all'art. 399, il quale è così concepito:

« La perenzione non avrà luogo *ipso jure* : essa verrà sanata *con atti legitimi* fatti dall'una o dall' altra parte pria della dimanda di perenzione » Or che cosa intendesi qui *per atti legitimi*? Il mettere al ruolo la causa è forse un atto di siffatta natura? Tale si è la doppia questione che dobbiamo esaminare, onde venire alla soluzione di quella abbiamo proposta.

Dicemmo pocanzi al n. 1437, e giusta una decisione del 5 gennaio 1808, che gli atti legitimi sono tutti quelli che la legge ordina o permette, e che una delle parti abbia all' altra notificati. Tal'è benanche la opinione di Pigeau, tom. 1, pag. 448. Ma del pari che questo scrittore non che tutti gli altri i quali si avvisarono che l'atto dovea esser notificato, non abbiamo recato in appoggio di detta condizione veruna decisione giudiziaria.

Puossi dunque, nel silenzio della legge, alla quale, in materia di procedura, per principio di dritto, non permettesi niente supplire, distaccare da quello che costituisce un atto legitimo, questa condizione della notificazione, la quale evidentemente non concorre alla legittimità di un' atto se non quando la legge per la sua regolarità richiede che venga notificato, o che per la sua natura, sià necessariamente sogge to alla notificazione.

« Esigere la suddetta notificazione, sarebbe lo stesso che aggiungere alla legge, sostituirle una autorità dottrinale, mettere la volontà dell' uomo in luogo di quella del legislatore; in fine sarebbe lo stesso di ammettere una estenzione veramente intollerabile, segnatamente in materia di perenzione, la quale, per la sua odiosità, può esser assimilata alle disposizioni penali, che debbono esser ristrette anzi che estese »

Epperò potrassi considerare come legitimo, ogni atto che abbia un effetto utile all' una o all' altra parte, indipendentemente dalla notificazione, la quale o non è prescritta, o che l'atto stesso non comporta.

In altri termini, si possono concepire atti legitimi, quautunque non notificati, e siffatti atti son tutti quelli prescritti o autorizzati, ma che non sono suscettibili di notificazione, o per la legitimità de' quali la legge non la esige.

Tra questi atti annoverasi evidentemente quello di mettere la causa a ruolo, formalità imperiosamente ricercata, rigorosamente necessaria, dice Rodier, *esattezza del procura-*

tore ; *atto*, in una parola, che a preferenza di qualunque altro, annunzia l'idea di far emettere una sentenza, perciocchè, senza dello stesso, la sentenza non può pronunziarsi.

Esso è un *atto*, perocchè l'art. 399 non fa alcuna distinzione, e per conseguenza adopera tal vocabolo nel più ampio significato, il quale esprime ogni fatto qualunque, ogni maniera di agire che ha o può aver luogo in iscritto o senza. — (*Ved. il Repert. alla parola* atto.) In conseguenza la formalità di mettere a *ruolo* la causa non SI POTREBBE definire altrimenti, che ATTO, *tendente a* SOLLECITARE *l' udienza nell' ordine stabilito dal ruolo*.

« Adunque la formalità di mettere a ruolo » è senza dubbio una procedura nel senso del» l'art. 397 + 490 e costituisce un atto legiti» mo secondo l' art. 398, perciocchè è il solo » mezzo legalmente stabilito per ottenere l' u» dienza e la sentenza.

» Non è della sua natura di esser *notificato*; » non avendo nè la legge, nè la tariffa auto» rizzata la sua notificazione ; ma è nulladime» no un' atto *legittimo*, poichè è indispensa» bilmente necessario.

» Neppure può dirsi che il metter a ruolo la » causa, come si pratica, non sia un atto » di procedura ; imperocchè, che cosa è un » *atto di procedura* nel suo vero significato ? » E un *atto attributivo di un dritto al patrocinatore o di un dritto al cancelliere*, o de' dritti » all'uno ed all'altro. Or tale si è l' atto di » mettere a ruolo ; ne è una semplice ri» cevuta del cancelliere, perciocchè la ricevu» ta vien preceduta dalla formalità del met» ter a ruolo ed è certificata da lui, che vi » pone in margine il numero del ruolo gene» rale e quello del ruolo particolare della ca» mera alla quale la causa è stata distribuita; » quest' atto attesta una doppia operazione, » cioè, *l' essersi la causa messa a ruolo, e l' es*» *sersi distribuita*.

» Del rimanente, è dell' ultima evidenza » che una causa non può mettersi a ruolo e » distribuirsi se non dietro memoria de' litigan» ti e dell' oggetto della causa presentata dal » patrocinatore istante : adunque l'atto di met» tere a ruolo è ad un tempo una procedura » del patrocinatore ed un atto di cancelleria, la » cui legale garentia è la firma del cancellie» re (1). »

A siffatti motivi di dritto riunisconsi moltissime considerazioni della più alta importanza, onde dimostrare sempre più che non ha potuto entrare in mente del legislatore escludere la formalità di porre la causa a ruolo dal numero degli atti legitimi coi quali sanasi la perenzione.

In effetti, supponiamo che il convenuto nella causa principale non abbia costituito patrocinatore ; in tal caso il patrocinatore dell' attore deve necessariamente *attendere* che giunga il suo numero del ruolo ; che ove egli insistesse e sollecitasse per far chiamare la causa, ciò non potrebbe essere se non per mezzo di un atto intimato alla parte ; e d'altronde non può supporsi che egli debba provocare un favore che sarebbe una violazione manifesta della legge, la quale prescrive che tutte le cause si trattino al loro giro di ruolo, pur che motivi di urgenza non facciano eccezione alla regola generale. — (*Ved. la legge del* 26 *agosto* 1790 *art.* 28.)

Vi ha dippiù ; non si comprende come legalmente sia possibile, dopo messa la causa a ruolo, formare un atto il quale possa sanare la perenzione, meno che non si supponga, il che sarebbe evidentemente irragionevole, che la legge abbia inteso obbligare un patrocinatore a creare una specie di atti insignificanti e frustranei, per mettersi al coverto dalla perenzione.

Ammettendo anche, ciò che Rodier, sull' art. 25 tit. 14 dell' ordinanza, condanna espressamente, la possibilità di far le notificazioni di atti diggià notificati, o nuove dimande di comunicazione, il che almeno sarebbe più tollerabile, è difficile supporre che la legge abbia inteso obbligare un patrocinatore a siffatte superflue procedure, le quali, lungi di raggiungere realmente lo scopo che si prefiggono, tendono ad un'altro evidentemente opposto, perciocchè non son fatte che per timore della perenzione.

Che se, all' opposto, si è finalmente riconosciuto, come decise la corte di Rennes, che pria di spirare il giro del ruolo non è da temersi la perenzione, per la ragione che questa è una prescrizione che non può decorrere

(1) La discussione, in cui entriamo, componendosi di un consulto da noi scritto sulla quistione, e de' motivi della decisione della corte di Rennes del 2 marzo 1818, abbiamo indicato con virgolette tutto ciò ch' è estratto da detta decisione.

contro colui che non può agire legitimamente, non vi sarebbero più scuse per siffatti atti illusori, i quali ad altro non servono che ad aumentare le spese della procedura.

Ma l'abuso e l'ingiustizia si verificano maggiormente allorquando non vi ha patrocinatore in causa, perciocchè supponendo che la formalità del ruolo non deve sanare la perenzione, sarebbe necessario far notificare con molto dispendio, alla persona o al domicilio, cotesti atti i quali non arrecherebbero veruna utilità reale nella istruzione, e che il giudice non potrebbe ammettere in tassa.

Si oppone che per la iscrizione del ruolo dovrebbe avvenire lo stesso che, rispetto alla perenzione, avviene della iscrizione ipotecaria, la quale non interrompe la prescrizione.

Ma noi non iscorgiamo, tra questi due atti, alcuna relazione dalla quale possa risultare una obiezione solida contro la dottrina che sostenghiamo.

1.° Il creditore che iscrivesi fa un atto conservatorio il quale non suppone necessariamente l'intenzione di esigere il rimborso; 2. non pone il creditore nella necessità di attendere un epoca nella quale potrà agire, non essendo impedito di farlo a suo piacimento. All'opposto l'atto di metter a ruolo la causa addimostra il desiderio e l'intenzione formale di farla decidere, e messa una volta la causa a ruolo, la parte non è obbligata praticare alcuna cosa per affrettare la decisione, dovendo attendere il suo giro.

Finalmente osserviamo che la perenzione non è che una presunta rinunzia, come dicemmo nei preliminari al presente titolo, alla pag. 89, ed appunto sotto tale rapporto se ne spiega nella dottrina la natura e gli effetti. Or può dirsi forse che vi sia perenzione di rinunzia contro colui chè non è obbligato di domandar la iscrizione della causa a ruolo, se non quando egli vuol esser giudicato?

Conchiudiamo adunque con la corte di Rennes che « se scrittori di importanza, se arresti di corte supreme stabiliscono un principio contrario a siffatta dottrina, se han opinato e deciso che la notificazione di un atto necessariamente interrompe la perenzione d'istanza, la negativa essendo una conseguenza diretta del silenzio della legge, siffatta conseguenza, pel magistrato il quale non guarda che la legge, è certamente preferibile al rischio evidente di fare delle aggiunzioni ed esigere al di là di quanto essa prescrive; che, del rimanente, alla regola di dritto *lex non omisit incaute, sed quia dictum noluit*, accoppiasi l'antica giurisprudenza del Parlamento di Brettagna, confermato da tutti gli scrittori bretoni, secondo la quale la formalità di mettere la causa a ruolo era un'ostacolo legale alla perenzione dell'istanza; che non bisogna affatto ricorrere al cod. civ., il quale non se n'è occupato, avendo soltanto regolato le prescrizioni, e che la confusione di differenti ordini di legge mena necessariamente all'errore, ed addiviene la sorgente inesausta di funeste decisioni, siccome con tanta saggezza stabilì l'autore dello spirito delle leggi » (*).

1441. *Un atto di avviso, dopo di cui non si è fatto verun altro atto consecutivo, può forse sanare la perenzione?*

Noi supponghiamo un atto di avviso, ossia una chiamata delle parti all'udienza per la discussione; dopo di che la causa non è chiamata, non presentandosi nè il patrocinatore del convenuto nè quello dell'attore. Il primo forma la sua dimanda di perenzione. Opponesi l'atto di avviso; ma si risponde non essere di alcun peso, avendolo lo stesso attore considerato come non avvenuto, perciocchè non seguito da verun altro atto, ed in conseguenza la istanza rientra nello stato in cui era prima del detto atto. Noi però pensiamo che tali motivi non sono fondati. L'atto di avviso è un atto valido, e ciò basta per interrompere il corso della perenzione. Inutilmente opponesi che l'attore non ne ha proseguita la procedura; poichè con questo atto, non ha neppure manifestato la intenzione di rinunziare alla sua dimanda, e con ciò rimane distrutta la presunzione legale di abbandono o di rinunzia, sulla quale la perenzione è basata. D'altronde poteva il convenuto, sull'atto di avviso notificatogli, presentarsi e dimandare che si fosse dichiarata la contumacia; e se nol fece, non può trarre argomento dal motivo che l'atto di avviso non fu seguito

(*) Pare che la proposta quistione non soffra presso di noi il lungo sviluppamento datole dal ch. A.; perciocchè è indubitato che il mettere la causa a ruolo dimostra la intenzione di proseguire il giudizio, e costituisce un'atto legitimo: epperò con tal'atto la perenzione è interrotta.

da alcun' altro atto, perciocchè dipendeva da lui fargli produrre un effetto.

1442. *Gli atti fatti in nome del convenuto di natura tale da poter sanare la perenzione potrebbero dallo stesso venir disapprovati?*

Quasi tutti gli antichi scrittori decidono affermativamente siffatta quistione (*ved. tra gli altri, Lange cap.* 24, *pag.* 401) sulla considerazione che gli atti di cui parlasi priverebbero il convenuto del dritto procuratogli dalla perenzione; ma noi osserviamo che l' art. 352 † 444 il quale precisa il caso in cui siavi disapprovazione, non annovera quello in disamina, e che niuna disposizione di legge esige una procura speciale per far atti che producono l' effetto di sanare la perenzione. Crediamo in conseguenza, che l' opinione di Lange non possa esser adottata, essendo benanche questo il parere di Berriat Saint-Prix, pag. 357, art. 13, come pure di Demiau Crouzilhac, pag. 291.

Nulladimeno se un patrocinatore avesse ricevuto un mandato per dimandare la perenzione, ed in vece di eseguirlo, formasse atti che la sanassero, noi allora giustamente avvisiamo che si avrebbe contro lo stesso un' azione per danni ed interessi; giacchè la perenzione può procurare un significante vantaggio ad una parte, nel senso cioè che interrompe il corso della prescrizione, secondo l' art. 2247 † 2153 del codice civile.

1443. *I cambiamenti sopravvenuti nell' organizzazione giudiziaria, e segnatamente la istituzione degli arbitri forzosi, impediscono il corso della perenzione finchè non siavi riassunzione d' istanza dinanzi al tribunale attualmente esistente?*

L' autorità giudiziaria è sempre vigente, come la Sovrana potestà da cui emana; e se l' organizzazione de' tribunali che ne sono i depositari va soggetta a qualche cambiamento, essi però ritengono sempre la facoltà di conoscere della controversia che loro fu una volta deferita; e conseguentemente è devoluta di pieno dritto a quel tribunale che succede all' altro nel grado di giurisdizione che a questo apparteneva.

Sarebbe dunque evidentemente contrario a siffatti principi se per attribuire al novello tribunale la competenza di giudicare, fosse necessario prodursi dinanzi ad esso la dimanda di riassunzione d' istanza; epperò basta che la parte più diligente rilasci un *atto di avviso* all' altra, per procedere immantinente dinanzi all' attual tribunale, secondo gli ultimi atti di procedura fatti presso il primo tribunale, senza che siavi bisogno di una preliminare sentenza: d' altronde la riassunzione d' istanza non ha luogo, secondo la nostra giurisprudenza, se non nel caso di cambiamento di stato o di morte delle parti.

Due volte la legislazione intermedia ha renduto un solenne omaggio a siffatti principî (*ved. il decreto del* 12 *ottobre* 1790, *sanzionato li* 19, *e la legge del* 27 *ventosa, anno* 8, *art.* 31), e la corte di cassazione li ha ritenuti con due arresti de' 23 nevoso anno 8, e 21 messidoro anno 13. — (*Sirey tom.* 5. *pag.* 364) (1).

Art. 400 † 493. *La dimanda di perenzione deve farsi con atto da patrocinatore a patrocinatore, a meno che il patrocinatore non sia defunto, o interdetto, o sospeso dopo che si è acquistato dritto alla perenzione* (2).

T. 13 — C. di P. art. 347 e seguenti.

(1) Comunque sia, ancorchè si fosse riconosciuto che i successivi cangiamenti avvenuti nella organizzazione non hanno impedito il corso della perenzione; si è preteso innanzi la corte di Rennes che l' istituzione dell' arbitramento forzoso fatta colla legge del 24 giugno 1793 vi aveva posto un ostacolo, attesocchè la legge del 9 ventoso dell' anno IV stabilisce, che le cause pendenti innanzi ai tribunali soppressi saranno *portate* innanzi ai tribunali cui esse appartengono; ma la corte di Rennes, colla citata decisione del 16 giugno 1818, rigettò questo mezzo in una causa che pretendevasi aver per oggetto un fondo comune, e come tale dovea pure, ai termini della legge de' 10 giugno e 2 ottobre 1793, esser giudicato per mezzo di arbitramento. La corte si limitò a considerare « che i cangiamenti de' tribunali, non hanno impedito la perenzione delle istanze, delle quali essi già conoscevano, attesochè sono *portate* di dritto innanzi ai tribunali che loro sono succeduti. »

Ed invero sarebbe stato ben malagevole trovar buone ragioni per non applicare alla istituzione temporanea è tirannica dell' arbitramento forzoso del 1793, ciò che la corte suprema avea formalmente deciso riguardo a' tribunali soppressi nel corso della rivoluzione.

(2) GIURISPRUDENZA.

1. L' usciere nella notificazione dell' atto di patrocinatore dee conformarsi a quelle disposizioni

CCCXXVIII. Il convenuto, o l'interveniente il quale facesse causa comune con lui è obbligato, conformemente al presente articolo, far la dimanda di perenzione con atto di patroci-

dell'ert. 61 † 153 le quali prescrivono che l' etto di citazione contenga il nome il cognome ed il domicilio dell' usciere non che le designazione del tribunele cui è addetto. (*Rennes*, 10 *giugno* 1816).

Nota. *Questa decisione è fondata sul motivo che la dimanda di perenzione è una dimanda principale e nuova, e che la legge nell' autorizzarne la notificazione con atto di patrocinatore a patrocinatore, non dispensa l'usciere che l' ha fatto, di designare il tribunale cui esso è addetto, nello stesso modo ch' è obbligato a farlo in tutti gli atti di citazione*. — (*Vedi appresso l' art*. 763 † 847.)

2. *Quando la rinunzia ad un appello è stata notificata ed accettata, trae seco di pieno dritto il consenso che le cose sieno rimesse dall' una e dall' altra parte nello stato in cui erano prima dell' appello*. — (*Rennes* 28 *gennaio* 1813, *Giornale*, *tom*. 4, *pag*. 166.)

3. Il dritto di rinunziare ad una dimanda non è ristretto al solo caso in cui la dimenda è irregolare nelle forme, o portata innanzi ed un giudice incompetente, o prematuramente. L' attore *in ogni stato della causa* può rinunziere ella sua dimende. Se il convenuto ricusa di accettare, il tribunale dee eccordare etto della rinunzia, e rifietarsi e conoscer della causa.

In conseguenza, una parte mediente une rinunzia alla lite può impedire e' giudici di giudicare, non appena si accorge che essi sieno convinti contro di lei.

Non bisogna forse distinguere le rinunzia all'azione dalla semplice rinunzia ella procedura? (*Angers* 8 *dicembre* 1818, *Sirey*, *tom*. 20, *pag*. 166.)

4. Non può formarsi dimande di perenzione d'istanza dopo la morte dell' une delle parti con etto notificato el patrocinatore che agive per lei. perchè il mendato di questo patrocinatore terminò colle morte.

In questo caso, le conclusioni proposte ell' udienza dai rappresentanti della parte defunta, e tendenti alle riassunzione dell' istanza, sanano le perenzione medesima, e fanno rivivere l' istanza. (*Nimes* 26 *aprile* 1813; *Sirey*, *tom*. 16, *pag*. 122.)

Nota È chiaro che quest' ultima proposizione s'identifica con quella stabilita nel numero precedente, in quanto che essa presuppone sanata la perenzione ogni qual volta la dimanda non sarà stata regolarmente proposta.

5. Non è necessario che il convenuto nella perenzione sia citato egli stesso nel domicilio del suo patrocinetore. — (*Parigi* 8 *aprile* 1809; *Sirey*, *tom*. 12 *pag*. 298.)

6. Del resto le dimande di perenzione, sebbene riputate dimande nuove e principali, non sono soggette allo sperimento preliminare della con-

natore a patrocinatore, sebbene pria della pubblicazione del codice erasi di opinione che bastava sostenersi che la istanza era perenta, perchè tosto cessasse il ministero di patrocinatore; ma si è poi ritenuto che la semplice dimanda per la perenzione, non costituiva la prova della sua esistenza, e finchè non eravi intervenuta sentenza, dovevasi riguardare il mandato del patrocinatore come ancora vigente. Ma, per una delle cause menzionate nel nostro articolo, può il detto mandato esser cessato nella persona del patrocinatore, sia dell'attore, che deve opporsi alla dimanda di perenzione, sia del convenuto che firmò siffatta dimanda. Nel primo caso, la detta dimanda deve farsi con citazione alla persona o al domicilio, nel secondo, dovrà farsi con atto di citazione contenente, per parte dell' attore, costituzione di patrocinatore per agire rispetto a siffatta dimanda —(*Ved. Hautefeuille*, *pag*. 210 *e* 211; *Quistioni di Lepage*, *pag*. 260 *e* 261, *e Demiau Crouzilhac pag*. 291.)

1444. *In una dimanda di perenzione d'istanza, è sufficiente citare il patrocinatore? o bisogna all' opposto citare la parte istessa?*

In altri termini, *l' art*. 400 † 493 *esigendo un atto di patrocinatore a patrocinatore, esprime forse altra cosa, se non che la parte sarà citata nel domicilio del patrocinatore?*

Si è sostenuto per l' affermativa, che la dimanda di perenzione è un' azione novella, il cui scopo tende a distruggere un' azione diggià estinta, ed alla quale la parte deve rispondere; ma, con decisione degli 8 aprile 1809, la corte di Parigi (*Sirey*, *tom*. 12 *pag*. 298) rigettò siffatto ragionamento sulla considerazione che la dimanda di perenzione non è affatto

ciliazione. — (*Poitiers*, 14. *agosto* 1806; *Sirey tom*. 6, *pag*. 214.)

[7. Nelle cause demaniali, nelle quali ha luogo la procedura senza ministero di patrocinatore, non bisogna la dimande per la perenzione con atto di patrocinatore e patrocinetore, quantunque, sulla istanza principale, la parte contro di cui è dimandata la perenzione abbie costituito un patrocinatore, che nella istanza per le perenzione sia necessario il ministero di patrocinatore, e che lo stesso demanio debba costituirne uno su detta novella istanza: in queste specie di cause le dimande per le perenzioni deve farsi con atto notificato al domicilio stesso della parte. —Bruselles, 17 dicembre 1822, Ann. di Laporte, anno 1823, vol. 1, pag. 92.)]

una novella istanza, ma sibbene un motivo per far cessare l'istanza; e quindi dichiarando esser sufficiente che la dimanda siasi fatta con atto di patrocinatore a patrocinatore, applicò con aggiustatezza la disposizione dell'art. 400 il quale, esigendo un atto di patrocinatore a patrocinatore, evidentemente esclude la citazione alla parte.

1445. *Di qual patrocinatore l'art. 400 intende parlare?*

Intende parlare del patrocinatore dell'attore. Epperò l'articolo dichiara, che se il patrocinatore della parte contro la quale si dimanda la perenzione sia morto, interdetto o sospeso, dopo che si è acquistato dritto alla stessa, siffatta dimanda dev'esser fatta con citazione notificata alla persona o al domicilio, con intimazione a comparire dinanzi al tribunale ove venne introdotta la procedura per sentir pronunziare la perenzione della istanza.

1446. *Se la perenzione d'istanza sia stata dimandata, ma in un modo diverso da quello prescritto dall'art.* 400, *può esser sanato mercè atti posteriori, conformemente all'art.* 399†492?

Arrestandosi alla disposizione dell'art. 399 crederebbesi che la perenzione non potesse rimaner sanata con atti legitimi, *anteriori* alla dimanda di perenzione. Ma, come osserva Coffinieres (*ved. il gior de' patrocinatori* 1811, *n.* 3, *pag.* 154) non fa d'uopo isolare questo articolo da quello che immediatamente lo segue. Se, egli dice, il legislatore determina la forma colla quale bisogna introdurre la dimanda di perenzione, siffatta dimanda non reputasi esistere allorchè le parti sono ricorse per un'altra via, o in *un' altra forma.*

Or l'art. 400 stabilisce che la dimanda di perenzione, contro la parte che ha un patrocinatore in causa, sia fatta con atto notificato a questo patrocinatore: quindi se essa è stata fatta in tutt' altro modo, il convenuto per la perenzione trovasi ancora in tempo utile per sanarla.

Siffatta soluzione sembra risultare implicitamente da' motivi di una decisione della corte di Parigi, degli 11 febbraio 1811, riportata nel giornale de' patrocinatori, come poc'anzi abbiam detto, ed è la stessa che noi dobbiamo adottare, non solamente per la ragione che gli art. 399 e 400 non fan supporre l'esistenza della dimanda di perenzione se non quando la medesima siasi notificata alla parte nella forma prescritta, ma segnatamente perchè il patrocinatore il quale è il regolatore della causa, non avendo conosciuto se una tale dimanda sia stata notificata alla parte, o pure a lui medesimo, ha necessariamente sanata la perenzione, facendo, pria di aver acquistata la detta conoscenza, un atto legitimo del suo ministero: bisogna imputare all'attore per la perenzione la colpa di non aver fatto eseguire la legge — (*Rennes* 3 *aprile* 1813).

1446. *Allorchè esiste un atto notificato dalla parte contro la quale si è dimandata la perenzione d'istanza, nel giorno stesso in cui la dimanda si è notificato, i giudici dinanzi a' quali si è presentata la istanza possono dichiorarla perenta, accordando l'anteriorità alla dimanda di perenzione, quantunque l'atto che l'altra parte produce in eccezione indichi l'ora precisa della sua notificazione?*

La corte di appello di Montpellier cui fu sottoposta siffatta azione dichiarò, con decisione del 6 giugno 1810, ch' erasi acquistato dritto alla perenzione, attesocchè *tutte le circostanze della causa* provavano esser stato la domanda notificata al patrocinatore del convenuto per la perenzione pria dell'atto col quale questi avea inteso sanarla.

La corte di cassazione, con arresto del 6 agosto 1811 (*Sirey, tom* 11, *pag.* 217) rigettò il ricorso, pel motivo, (sta detto nelle sue considerazioni) che la corte di Montpellier avea unicamente giudicato un punto di fatto, dal quale non poteva risultare alcun motivo di annullamento.

Coffinières, riportando siffatto arresto nel suo giornale de' patrocinatori (1811, *n.* 10) fa diverse osservazioni, secondo le quali conchiude che l'atto notificato per sanare la perenzione dovea prevalere, perciocchè indicava l'ora della sua notificazione, e che conseguentemente non potevasi, senza iscriversi in falso, riputarlo posteriore alla dimanda di perenzione, nel mentre che nulla assicurava in una maniera legale ch'essa esisteva prima. Noi rispondiamo che in simil caso, non è necessaria la iscrizione in falso, perciocchè nulla prova nemmeno che la dimanda di perenzione non sia stata fatta pria dell'atto notificato per sanarla. La quistione di anteriorità dipende adunque essenzialmente da' fatti, e si è per tal motivo che dalla corte di Cassazione fu deciso che la stessa era abbandonata alla prudenza ed all'equità de' magistrati.

Del resto siffatto arresto avverte i patrocinatori a far comprovare, sia nella dimanda, sia negli atti che sanassero la perenzione, l'ora nella quale venissero notificati, essendo ciò un mezzo di prevenire simili controversie (1).

Art. 401 † 494 *La perenzione non estingue l'azione; importa soltanto estinzione di procedura, in modo che non si potrà in alcun caso opporre alcun atto della procedura estinta, nè prevalersene.*

In caso di perenzione l'attore principale è condannato a tutte le spese della procedura perenta.

C. di P. art. 130, 469, 543, e seguenti.

CCCXXIX. La perenzione non estingue l'azione, val dire ch'essa non è punto di ostacolo all'esercizio ulteriore dell'azione mercè una novella dimanda, almeno finchè non siasi acquistata la prescrizione di dritto. La ragione di siffatta disposizione si è, che la prescrizione non ammettesi se non come una pena inflitta all'attore non curante de' suoi interessi per lo spazio di tre anni; ma, si soggiunge, essa sarebbe troppo severa, per non dire ingiusta, se i suoi effetti giungessero fino ad anticipare i termini delle prescrizioni, che non possono acquistarsi se non dopo un lungo elasso di tempo, ed a sciogliere il convenuto, senza causa sufficiente, da una obbligazione legalmente contratta (2).

L'articolo in disamina stabilisce per principio che gli atti della istanza perenta non possono riprodursi in una novella istanza, pel motivo, dice il relatore della legge al corpo legislativo, che colui il quale ha agito in modo da far acquistar dritto alla perenzione, non dev'esser ammesso a salvare gli avvanzi di una procedura dalla legge riprovata, conservando il dritto di opporre le pruove che in essa contenevansi. Ma noi dobbiamo ricordare a tal riguardo, che molte corti, e segnatamente quella di Rennes, aveano reclamato che si facesse una eccezione in risguardo alle deposizioni de' testimoni ascoltati nella istanza perenta e decisa prià della nuova dimanda, allorchè fossero state consegnate in un processo verbale. Noi crediamo che il legislatore genovese abbia con saviezza ritenuta questa eccezione e quella fatta relativamente alle confessioni, alle dichiarazioni, ed ai giuramenti iscritti ne' registri del tribunale. (*Ved su quest' ultima eccezione il n.* 1111, *e la nota* 1. *alla pag.* 113.)

In fine il nostro articolo pone a carico dell'attore principale tutte le spese della procedura perenta, conseguentemente proibisce la compensazione, ciò che è una eccezione all'art. 131 †222, interamente di dritto nuovo, perciocchè per lo innanzi, allorchè la istanza era perenta, ciascuna parte pagava le spese da lei erogate (3).

(1) Mediante questa precauzione, eviterebbesi, per esempio, una decisione simile a quella che la corte di Rennes pronunziò nel 26 gennaio 1813 e nel 19 dello stesso mese dell'anno seguente, rigettando una dimanda di perenzione, aftesochè gli atti formati per sanarla, avendo la stessa data di questa dimanda, apparteneva all'attore dimostrare l'anteriorità, il che d'altronde era gli vietato di fare per mezzo de' testimoni.

La decisione del 10 giugno 1816, citata alla nota 2, §. 1, p. 108 pronunziò nello stesso modo, e noi crediamo ben fondate queste due decisioni, allorchè la pruova dell'anteriorità della dimanda non risulti chiaramente da' fatti contenuti nel processo. Ed in vero, quando niuno degli atti fatti lo stesso giorno fa conoscere l'ora della notificazione, e le circostanze della causa non possono supplire a questa mancanza, è difficile assegnare un' anteriorità di data all'uno piuttosto che all' altro. Or, da una parte, appartiene sempre all'attore di provare ciò ch'egli asserisce; a dall'altra, una dimanda la quale, come quella della perenzione, è una eccezione d'inammissibilità rigorosa a favorevole contro la procedura dell'azione principale, nel dubbio non potrebb' essere ammessa.

(2) Aggiungiamo, cogli autori della legge di Ginevra, che la istanza sospesa, e la perenzione acquistata, non recano pregiudizio al diritto reclamato dall'attore: — Esse possono derivare dalla difficoltà di ottenere taluni documenti, dalla loro perdita momentanea, da un assenza prolungata, ec. — Ch'ei non possa riassumere a suo arbitrio un'istanza da lui abbandonata; ch'ei cessi di poter invocare gli atti che la compongono; che la prescrizione riprenda il suo corso, questi effetti della perenzione si giustificheranno facilmente; ma se l'attore ha ritrovato i documenti che gli mancarono, se è svanito l'ostacolo che gl'impediva di agire, ove sarebbe la giustizia di ricusargli la facoltà d'introdurre un nuovo giudizio?

(3) Parrebbe più conforme all'equità di ritornare agli antichi principi, mettendo a carico di ciascuna parte le spese fatte da essa nella istanza perenta, come è prescritto dall'art. 277 della legge di Ginevra. Di fatti il convenuto non è forse egli stesso colpevole di non aver affrettato il termine della causa, ottenendo il congedo dalla dimanda?

1448. *Se la perenzione non estingue l'azione, può forse almeno contribuire ad estinguerla, di tal che non possa farsi una novella dimanda?*

Abbiamo diggià detto sulla quistione 1431 che la perenzione può contribuire ad estinguere l'azione, allorchè il tempo della prescrizione è spirato durante il corso della istanza perenta; ed è quanto risulta formalmente dalla disposizione dell'art. 2247 + 2155 del codice civile.

Non v'ha dubbio adunque, che acquistandosi il dritto alla prescrizione durante il tempo dell'istanza perenta, non è più permesso introdurne un'altra. (*Ved. Pothier, cap.* 3 §. 5, *Delaporte tom.* 1, *pag.* 371, *Pigeau*, *tom.* 4, *pag.* 452).

1449. *Vi ha forse un caso in cui la perenzione estingue puranco l'azione?*

Che sì; ed avviene allorquando essa colpisce l'istanza in appello. — (*Ved. l'art.* 469 + 533)

1449 bis. *E' necessario che la dimanda che puossi formare dopo la perenzione sia preceduta da un novello esperimento preliminare di conciliazione?*

No: perciocchè lo sperimento preliminare non cade in perenzione, secondo la disposizione dell'art. 397 + 490, il quale non assoggetta alla perenzione che la istanza sola; or questo esperimento preliminare non forma parte di essa. — (*Ved. Pigeau, di sopra citato*, *e la quistione* 250).

1450. *La perenzione produce forse l'effetto di far perdere all'attore gl' interessi che la dimanda faceva decorrere?*

Sì, e secondo Pigeau, tom. 1. pag. 451, perderebbe benanche gl' interessi decorsi dopo lo esperimento di conciliazione precedente alla sua dimanda; perciocchè l'art. 57 + 7 li fa decorrere soltanto a condizione che la dimanda venga fatta entro il mese; or una tale dimanda essendo estinta, si considera come se non ve ne fosse stata alcuna — (*Ved. Pothier come sopra citato*).

1451. *La disposizione dell'art.* 401, *secondo la quale in niun caso si può opporre alcun atto della procedura estinta, nè prevalersene, estendesi pure alla sentenza pronunziata durante la istanza?*

Pria della pubblicazione del codice di procedura, ammettevasi generalmente che la perenzione sopprimeva gli atti dell'istanza, solamente come procedura, e non come prova, *probata remanent*. Epperò gli esami, le relazioni de' periti, le confessioni, in una parola, tutti gli atti che producono prova, i quali avessero avuto luogo durante il corso dell'istanza, non lasciano di sussistere, e le parti potrebbero servirsene per la novella dimanda ulteriormente fatta. — (*Ved. Pothier come sopra citato*).

Indarno, come abbiamo detto al commentario del presente articolo, molte corti di appello han dimandato, nelle loro osservazioni sul progetto, che siffatti atti sussistessero; perciocchè ebbe a considerarsi che urtavasi contro i principî col dar loro qualche effetto, dovendosi, rispetto alla perenzione, ritener come non avvenuti; « e se potevasene trarre partito » in una novella istanza, dice Pigeau, t. 1, p. » 452, l'altra parte aveva il dritto d'impugnarli; » quindi il primo processo sussisterebbe ancora; ciò ch'è contrario alla natura della perenzione »; ragione che non sembraci affatto decisiva; perciocchè non vi ha nulla di essenziale nella perenzione; dessa è una pena che il legislatore può modificare in risguardo a tutti gli effetti che gli sembrassero ingiusti.

Comunque sia, una proibizione così assoluta, come quella dell'art. 401, ci obbliga a decidere per l'affermativa, in quanto alle sentenze preparatorie ed interlocutorie, la quistione da noi proposta. In effetti se non vi ha alcun atto che produce prova che possa sopravvivere alla istanza perenta, a maggior ragione deve dirsi lo stesso delle sentenze che ordinano siffatti atti; altrimenti, la prima istanza, per risguardo alla esecuzione di tali sentenze, verrebbe a produrre gli effetti nella seconda; ciò che sarebbe egualmente contrario alla natura della perenzione.

Siffatta opinione d'altronde rattrovasi in armonia con quella anticamente professata, vadire, che la perenzione distruggeva le sentenze d'istruzione, siccome l' affermano tutti gli scrittori, e fra gli altri Pothier, cap. 4. §. 5.

Che se Lange, alla pag. 500, dice che una sentenza la quale ordina una prova deve sussistere, pel motivo che ferisce il merito, e se l'art. 452 + 516 qualifica come interlocutorie le sentenze le quali ordinano una prova che

pregiudica il merito, non crediamo che se ne possa trarre argomento contro l'opinione da noi emessa, perciocchè essa è una conseguenza necessaria della disposizione dell'art. 401, la quale non avea luogo nell'epoca in cui Lange scriveva.

Ma, da un'altra banda, questi stessi scrittori assicurano che la perenzione non distrugge una sentenza di condanna, ancorchè essa fosse provvisionale. — (*Ved. Pothier, nel luogo di sopra citato, Lange, pag.* 500; *Menelet, pag.* 70; *Duparc, pag.* 119).

Avviene lo stesso, dice Duparc, per le sentenze contumaciali. Alcuni facendo una distinzione ritengono ch'esse cadono in perenzioni, se l' opposizione fosse stata ammessa mercè la sentenza, ovvero se, non essendosi la sentenza spedita, le parti avessero procedute come se mai fosse stata pronunziata. — (*Ved. Bornies sull'art.* 11 *del tit.* 35, *e Pothier come sopra citato*).

Tutto ciò che abbiamo detto sulla quistione 1422, prova che le sentenze contumaciali sono annullate dalla perenzione, non potendo l'istanza in grado di opposizione essere separata dall'istanza principale, la quale è necessariamente perenta; epperò a maggior ragione la sentenza contumaciale che non è stata notificata debba considerarsi come non avvenuta. Si dirà che essa metta termine all'istanza; ma noi rispondiamo che ciò ignorasi dal convenuto, non essendogli stata notificata, ed in conseguenza questi essendo autorizzato a dimandare la perenzione, che verun atto a lui conosciuto ha potuto sanare, rende senza effetto, se la dimanda viene accolta, qualunque atto e sentenza, che risguarda siffatta istanza. — (*Ved. la quist.* 1437).

In quanto alle sentenze *provvisionali*, la quistione presenta maggior difficoltà.

Siffatte sentenze furono rendute in contraddizione, esse contengono una condanna diffinitiva che i giudici che l'hanno pronunziata non possono riformare; ma che può esserla in grado di appello (*ved. l'art.* 554), sentenza la quale può eseguirsi con cauzione o senza, uniformemente all'art. 135 + 226, vi ha dunque potenti ragioni per separarle dalla istanza principale, e farle sopravvivere alla perenzione di questa. Noi pensiamo in conseguenza, che nel nuovo giudizio non può mettersi in quistione la cosa giudicata da una sentenza provvisionale (1) (*).

Modello d' istanza per la perenzione.

A' signori presidenti e giudici del tribunale di . . .
Paolo mercante di vino in . . .

Contro il signor Pietro mercante chincagliere nell' istessa città.

Espone che con atto del . . . il signor Pietro ha contro di lui formata in questo tribunale una dimanda affinchè gli venga rilasciata una casa situata nella suddetta città strada . . . n. . . . che la prefata dimanda è stata quindi seguita da diversi atti di procedura e reciprocamente notificati e che l' ultimo atto di questa procedura è un istanza notificata da parte dell' attore al patrocinatore del convenuto il dì . . . attualmente però sono decorsi più di tre anni sens'altra nuova procedura, dal che risulta la perenzione della suddetta istanza.

In conseguenza l' esponente richiede che la dimanda del dì . . . unitamente all'istanza introdotta con essa siano dichiarate estinte e perente; e quindi sia il signor Pietro condannato alle spese del giudizio del presente incidente.

Modello di citazione per la perenzione.

L'anno ec. . . il dì . . . ad istanza del signor Paolo mercante chincagliere in . . . il quale ha

(1) Noi vorremmo ammettere almeno come *stragiudiziario*, le confessioni, le dichiarazioni ed i giuramenti fatti in giudizio; sembrandoci ingiusto, che mentre una confessione stragiudiziale scritta fa pruova contro di colui che l' ha fatta, non si possa invocare una confessione, una dichiarazione, a maggior ragione un giuramento, comprovati in un giudizio, sol perchè l' istanza fosse stata perenta. Noi consideriamo l' atto che n' è spedito dal tribunale, come una sentenza diffinitiva ottenuta dalla parte, ed applichiamo a questo caso la soluzione data qui sopra relativamente alle sentenze provvisorie.

(*) Dubitavasi se ne' ricorsi per annullamento potesse esservi luogo a perenzione, ma la giurisprudenza ricevuta è negativa, per la ragione che il ricorso per annullamento e la istituzione della corte suprema è nell' interesse della legge, e non già nell' interesse delle parti.

E pure una massima ritenuta costantemente dalla G. C. de' Conti e sanzionata da recente Real Rescritto del 1 aprile 1840, che nella procedura amministrativa non vi ha perenzione d' istanza, perciocchè una disposizione stabilita dal legislatore pel solo procedimento civile non è applicabile per semplice analogia alla procedura del contenzioso amministrativo.

eletto domicilio nella casa del signor B. . . patrocinatore presso il tribunale di . . . che agirà sulla dimanda qui sotto espressa.

Io sottoscritto ho citato il signor Pietro dimorante in. . .

A comparire fra otto giorni all'udienza del tribunale di . . . per sentir ordinare che atteso il detto signor Pietro è stato per tre anni senza seguire le procedure sulla dimanda di rilascio di una casa situata in . . . da lui formata contro il detto signor Paolo con atto del dì . . . e poichè l'ultimo atto di procedura sulla dimanda suddetta consiste in alcune difese notificate in nome del predetto signor Pietro al detto signor Paolo il dì . . . la predetta dimanda, e correlativo giudizio da esso introdotto, rimangono estinti e perenti; e quindi il detto signor Pietro condannato alle spese dello stesso giudizio, e della presente dimanda; ed ho al detto signor Pietro, parlando come sopra, lasciata copia del presente.

Modello di sentenza che rigetta la perenzione.

Considerando che la perenzione vien dimandata sul motivo che dal dì . . . fino al dì . . . giorno della dimanda della perenzione, sono decorsi più di tre anni, senza nuova procedura da parte di A . . . . attore originario in virtù di citazione del dì . . . e che questa dimanda non è ben fondata poichè dopo il dì . . . sono state notificate delle difese da parte di B. . . e dopo quest' ultimo atto fino alla dimanda di perenzione non sono passati che due anni, undici mesi e ventisette giorni.

Il tribunale rigetta la dimanda di perenzione, proposta dal signor B . . . e ordina, che le parti proseguano la istanza principale in continuazione degli ultimi loro atti, e condanna il signor B . . . nelle spese della dimanda di perenzione; riservando le spese del principale.

Modello di sentenza che ammette la perenzione.

Considerando che dal dì . . . fino al dì . . . ottobre. giorno della dimanda di perenzione, sono passati più di tre anni senza farsi ulteriori atti;

Il tribunale dichiara estinta e perenta la dimanda originaria del dì . . . proposta dal signor A . . . contro il signor B . . . unitamente alla istanza introdotta colla dimanda stessa. Condanna il sudetto signor A . . . alle spese della causa perente e del presente incidente.

TITOLO XXIII.

Della rinunzia alla lite.

Abbiamo detto di sopra alla pag. 89 altro non essere la perenzione se non una rinunzia presunta alla lite per parte dell'attore, ma che questa presunzione limitavasi all' abbandono della istanza. Vale lo stesso per la rinunzia formale il cui procedimento ed effetti van regolati nel presente titolo — (*Ved. art.* 402 *e* 403 † 495 e 496.)

Adunque la rinunzia alla lite è un atto mediante il quale l' attore rinunzia a procedere sulla dimanda da lui fatta; ed è perciò che Berriat Saint Prix, alla pag. 367 la definisce l' azione di rinunziare ad una procedura *incominciata* (1).

Ed è da osservarsi che *l' acquiescenza* del convenuto, ossia la sua adesione alle pretenzioni dell' attore, produce gli stessi effetti, che la rinunzia, o abbandono dell' azione, in quanto che estingue l' istanza, la quale non può esser rinnovata — *Ved. Pigeau tom.* 1, *pag.* 458, *e* 459.

Sotto questo rapporto va soggetta agli stessi principi; ma però non ha bisogno dell' accettazione, come la rinunzia alla lite, imperocchè il consenso dell' attore reputasi dato coll'essersi fatti o prodotti gli atti o le sentenze risguardanti l'acquiescenza — (*Berriat Saint-Prix pag.*364, *Quist. di dritto alla parola* effetti pubblici, *ed il nuovo Repertorio*, *alla parola* contratto giudiziario *ed* acquiescenza.)

Vale lo stesso per l'acquiescenza ad un atto o ad una sentenza; acquiescenza il cui effetto è quello di render irricettibile qualunque rimedio che volesse prodursi contro tali atti perciocchè contiene a loro riguardo un adesione che forma contratto giudiziario (2).

ART. 402 † 495. *La rinunzia alla lite può farsi ed accettarsi con semplici atti firmati dalle*

(1) Vedi la definizione dell' azione nella nostra introduzione generale.

(2) Vedi al libro dell' appello ciò che noi diciamo del contratto giudiziale, parlando dell' appello dalle sentenze di *expedit.* (*Art.* 445 † 509.)

parti o dà loro mandatari, e notificati da patrocinatore a patrocinatore (1).

T. 71 — C. C. art. 1287 e seg. — C. di P. art. 352 e seg. 424.

CCCXXX. Colla disposizione del presente articolo, la legge esclude in risguardo alla rinunzia alla lite qualunque formalità superflua essendo sufficiente per formarla semplici atti di patrocinatori, ben inteso però allorchè è data dopo la costituzione di patrocinatore per parte del convenuto, perocchè se ciò si praticasse anteriormente, bisognerebbe che fosse notificata con citazione alla parte.

(1) GIURISPRUDENZA.

1. Allorchè una sentenza contumaciale è prima impugnata per mezzo dell' *appello* ed in seguito l' appello è convertito in *opposizione* con rinunzia all' appello, tale rinunzia, abbenchè non accettata, produce tutto il suo effetto.

In conseguenza, la corte di appello ed il tribunale di prima istanza può decidere sul merito dell' opposizione. — (*Cassaz. 21 dicembre* 1819, *Sirey, tom.* 20. *pag.* 170.)

2. La rinunzia alla dimanda fatta dall' attore non è siffattamente subordinata all' accettazione del convenuto che il rifiuto di accettare renda senza effetto la rinunzia.

Il rifiuto del convenuto produce soltanto l' effetto di sottomettere al tribunale la quistione se dee restargli la facoltà di conoscere della causa, malgrado la rinunzia alla lite. (*Cassaz.* 21 *dicembre* 1820; *Sirey, tom.* 21 *pag.* 137.)

3. Dopo la citazione avanti ad un tribunale civile in cui è intervenuta una sentenza interlocutoria, non si può rinunziare alla dimanda, e citare innanzi ad un tribunale di commercio, ancorchè si tratti di una causa commerciale, essendo stata la giurisdizione de' Giudici civili prorogata mercè la contestazione della lite. —(*Treveri*, 3 *agosto* 1809 *Sirey, tom.* 7, *seconda parte pag.*921.)

4. Nelle materie commerciali la rinunzia può farsi ed accettarsi con un semplice atto di citazione stragiudiziale, quantunque non firmata dalla parte o dal procuratore. — (*Parigi* 25 *marzo* 1813; *Sirey tom.* 16. *pag.* 86.)

NOTA. *Ma è chiaro che un tal procedimento non è il più sicuro, poichè lascia a temere la conseguenza di una disapprovazione dell' usciere.*

[5. In fatto di registro il ricevitore può rinunziare (*Arresto della Cassaz. di Liege*, 15 *ottob.* 1823, Ann. di Laporte anno 1823, vol. 2. pag. 428.]

[6. Il prodigo assistito da un consulente giudiziario non può rinunziare, senza l' autorizzazione del detto consulente (*Brusselles*, 27 *nov.* 1823. *ann. di Laporte, anno* 1824 *vol.* 1, *pag.* 190.]

1452. *La facoltà di rinunziare alla lite appartiene esclusivamente alle parti che hanno la libera disposizione de' loro dritti, o che non agiscono per altri?*

L' affermativa di questa quistione risulta, dice Berriat Saint-Prix, pag. 367 §. 1. dagli effetti che produce la rinunzia, e che noi faremo osservare nelle seguenti quistioni. D' altronde, essa sarebbe fondata su due arresti della corte di cassazione, il primo del 15 luglio 1807, riportato nel Repertorio, alla parola *dot.* § 2, n. 7, tom. 4, pag. 164, l'altro del 14 febbraio 1810, riportato da Sirey, tom. 10, pag. 189, coi quali venne pronunziato che una moglie autorizzata a stare in giudizio, sia dal suo marito, sia dal giudice, avea bisogno di una seconda autorizzazione per rinunziare alla istanza; come pure con arresto del 4 marzo 1806 (*Sirey tom.* 6, *pag.* 547,) che la rinunzia fatta da un minore dà essenzialmente luogo alla restituzione, allorchè i suoi avversari non provano che egli non sia stato leso in conseguenza di siffatta rinunzia.

Ma Pigeau, tom. 1, pag. 454, dice che « ogni attore può rinunziare alla sua dimanda, sia che abbia agito per sè medesimo, sia che in qualità di amministratore abbia agito per altri, perciocchè egli non abbandona l'azione, la quale continua ad appartenere alla persona amministrata. Nulladimeno noi potrebbe, se la rinunzia portasse indirettamente la perdita dell' azione, come nel caso in cui l'azione che potevasi esercitare nell' epoca della dimanda, trovavasi prescritta all' epoca della rinunzia. »

Per lo contrario gli scrittori del Pratico, tom. 2. pag. 415, quelli dal commentario inserito negli annali del notariato, tom. 2. pag. 481; ed in ultimo Demiau Crouzilhac, pag. 293 avvisano che un tutore, un amministratore, o altra persona che sostengano un giudizio nell' interesse di un terzo, non può sempre, e segnatamente se trattasi di un azione immobiliare, rinunziare a siffatta istanza.

Noi ci appigliamo a questa opinione, in considerazione del pregiudizio che il minore o l'amministrato potrebbe soffrire da una rinunzia che lo assoggetti a delle spese, e che può fargli perdere il vantaggio degli atti di procedura che potrebbero essergli favorevoli (1).

(1) Del resto spetta alla parte avversa di non

1453. *Qualunque persona che gode de' suoi dritti può rinunziare alla istanza nella quale trovasi personalmente interessato, nulladimeno vi ha forse un caso in cui un terzo potrebbe opporsi a siffatta rinunzia?*

Una decisione della corte di Parigi delli 8 agosto 1809 ci presenta un esempio di un caso in cui venne giudicato che una parte avea dritto ad opporsi alla rinunzia di un altra.

Trattavasi di un giudizio risguardante un appello principale ed un appello incidente; la parte che avea interposto il primo vi avea rinunziato a solo fine di far cadere l' appello incidente dell'altra, e questa opponevasi alla rinunzia, e la decisione da noi citata fece dritto a tale opposizione pronunziando in conseguenza, non ostante la rinunzia, tanto sull' appello principale che su quello incidente.

Conseguita da siffatta decisione che chi gode dei suoi dritti può rinunziare ad una istanza da lui introdotta, ma questo principio va soggetto ad una eccezione allorquando la detta istanza fosse produttiva di un dritto, che giova alla parte avversa di conservare.

Ed è in conseguenza del detto principio che la corte di Parigi, con decisione del 24 febbraio 1808, e quella di Rennes in data del 19 gennaio 1814 pronunziarono che un creditore avea potuto dimandare la nullità di una rinunzia fatta dal debitore in frode de'suoi dritti.— (*Ved. la Giurisprudenza delli corte supreme*, *tom.* 3, *pag.* 255) (*).

1454. *Trovandosi molte parti in causa, può forse l' una di esse rinunziare senza il consenso delle altre; e potendolo, la sua rinunzia apporterebbe pregiudizio a' suoi collitiganti?*

Non può dubitarsi che una parte conserva la facoltà di rinunziare, anche quando trovasi in causa con altre parti le quali persistono nella istanza; ma vi è da osservare che in questo caso la sua rinunzia non può nuocere alle medesime. Per esempio, in una dimanda relativa a beni immobili fatta collettivamente, ma che è divisibile nel suo risultamento, se una o più parti rinunziano, siffatta rinunzia non impedirà che quelli i quali sono rimasti in causa, profittino della porzione che sarà giudicata appartener loro nella cosa litigiosa. Così tre eredi procedono contro il loro comune debitore per esser pagati di una somma, l' uno può rinunziare validamente senza il concorso degli altri, i quali potrebbero continuare le procedure onde ottenere la porzione che pretendono aver dritto a reclamare. Questo è lo spirito dell' art. 1217 † 1170 del codice civile, dice Hautefanille alla pag. 211, citando una decisione della corte di Orleans del 16 gennaio 1811.

Che se, all' opposto, la cosa è indivisibile; se per esempio, molti eredi avendo fatto unitamente una dimanda per reclamare, su di un fondo vicino, una servitù di prospetto, di passaggio, uno di essi rinunzia, in tal circostanza, secondo la opinione degli autori del commentario inserito negli Annali sul notariato, tom. 2, pag. 183, è chiaro che una tale rinunzia in nulla potrà diminuire i dritti degli altri eredi, e che guadagnando la causa, godevano la totalità del dritto della servitù di prospetto o di passaggio.

Gli autori del Pratico tom. 2, pag. 418 suppongono tre eredi i quali revindicano un oggetto mobiliare non suscettibile di divisione, la rinunzia dell' uno, essi dicono, non può pregiudicare al reclamo degli altri; ma il debitore contro di cui si è agito, se succumbe, rimane surrogato nei dritti di quello fra gli attori che ha rinunziato: ciò infatti risulta, dall'art. 1224 † 1177 del codice civile, e noi adottiamo interamente l' opinione de' suddetti scrittori.

1455. *Si può forse rinunziare ad un solo atto di procedura, senza rinunziare alla lite?*

Che sì, senza dubbio, ed è ciò che praticasi ogni giorno per parte de' patrocinatori i quali vogliono prevenire condanne o spese, emendando atti difettosi. Ma siffatte rinunzie non sono soggette alle regole ed alle formalità di quelle richieste per la intera lite; esse si fanno, sia nell'atto che si sostituisce a quello che si vuole

accettare la rinunzia, se non quando il tutore o l' amministratore è autorizzato a farlo nella stessa forma in cui era autorizzato ad interporre la dimanda. — (*Rennes* 1 *giugno* 1825. *Brusselles* 23 *novembre* 1809, *Sirey tom.* 7, *pag.* 1242)

Che se d' altronde si opinasse come Pigeau, che la rinunzia fatta senza autorizzazione fosse valida, almeno si converrà che quelli i quali in questo modo agiscono per un terzo, sono risponsabili verso di lui del danno ch' ei potrebbe soffrire: epperò spetta ad essi di farsi a tal oggetto autorizzare. Queste osservazioni tendono a prevenire qualunque difficoltà sulla quistione di cui ci occupiamo.

(*) Il decreto de' 27 agosto 1829 determina, pel regno delle Due Sicilie, la forma che debbono serbare i rappresentanti dei corpi morali per la rinunzia.

sopprimere, sia in una denunzia motivata, ec. Si comprende che in simili circostanze il patrocinatore non ha bisogno nè della firma della parte, nè di sua procura speciale, poichè non trattasi se non di correggere vizi di forma; essendogli sufficiente la facoltà ricevuta di dirigere la lite. (*Ved. Demiau Crouzilhac*, *pag.* 293) Il patrocinatore avrebbe bisogno di un mandato particolare onde ovviare all'azione di disapprovazione nel solo caso in cui questa rinunzia contenesse atti della natura di quelli menzionati nell' art. 352 † 444. È chiaro benanche che la rinunzia di un atto isolato non impedisce alla parte avversa di prevalersene, ove contenga confessioni, consensi ec., o di trarne quelle induzioni che giudica a lei convenienti. Ma qui tutto dipende dalle circostanze(1).

Siffatte osservazioni fan conoscere che le quistioni le quali saranno in prosiegno esaminate, non si riferiscono che alla rinunzia della lite, solo oggetto del titolo che ci occupa.

1456. *La rinunzia dee forse, sotto pena di nullità, esser firmata dalle parti o da'loro mandatari particolari?*

Primamente noi osserveremo che il codice non dichiara che il mandatario debba esser munito di particolare procura; ma sembra, dice Berriat Saint-Prix, che avuto riguardo all' importanza dell' atto, tale sia stata la intenzione del ligislatore; il che appunto suppongono tutti gli scrittori.

È indubitato che il patrocinatore munito di una simile procura può firmare la rinunzia, sotto la doppia qualità di mandatario e di patrocinatore; ma se la sua firma va apposta sotto l' ultima qualità ed in virtù del mandato generale che gli è stato dato onde regolare la procedura, noi crediamo che la nullità della rinunzia potrebbe essere pronunziata, pel motivo che la legge richiedendo che la rinunzia fosse notificata dalla parte, o dal suo mandatario, ha necessariamente parlato di un mandatario *ad hoc* altrimenti avrebbe dichiarato che in mancanza della firma della parte, quella del patrocinatore basterebbe, o piuttosto non avrebbe richiesta la prima.

Conchiudiamo da ciò che la rinunzia la quale non è firmata dalla parte o dal suo mandatario munito di procura particolare, è nulla, perciocchè siffatta firma è una condizione essenziale della validità dell' atto. Tale si è benanche l' opinione di Pigeau tom. 1 pag. 454, e di Berriat Saint Prix, come sopra not. 7. (*Ved. la quist.* 1550). Ma Hautefeuille, pag. 212 sembra di parere opposto.

Vi sarebbe egualmente nullità se il patrocinatore, per supplire alla mancanza della firma avesse menzionati nell'atto i motivi che impedirono alla parte di firmare; non vi ha veruna qualità che possa supplire alla mancanza di siffatta firma: in una parola essa è indispensabile, se non vien supplita da quella di un mandatario particolare. (*Ved. le quistioni di Lepage*, *pag.* 264) (2).

1457. *E' necessario forse che la rinunzia sia firmata tanto sull' originale che sulla copia?*

La firma, dice Pigeau, nel luogo sopra citato, dev' esser apposta principalmente sulla copia notificata all' avversario, la quale forma nelle sue mani, la prova della rinunzia; ma non è fuori proposito, egli soggiunge, che il patrocinatore faccia egualmente firmare l'originale, quest' ultima firma però non è rigorosamente necessaria. In effetti, non v' ha che la copia la quale tiene luogo di titolo alla parte a cui vien notificata la rinunzia: essa adunque dev' esser rivestita della formalità richiesta per la validità di siffatto atto.

Per la qual cosa è indispensabile che la copia sia firmata (*Berriat Saint Prix*, *come sopra*,) e non essendola, non puossi dire che la firma apposta sull' originale fosse sufficiente. D'altronde, esiste una ragione decisiva; se l'originale solo fosse firmato, sopprimendolo, si verrebbe a togliere all' avversario il mezzo di

(1) Sembra che il patrocinatore abbia bisogno di procura speciale sol quando l' atto fosse capace di stabilire in favore della parte la ricognizione espressa di un dritto.

Sarebbe lo stesso di uno de' capi delle conclusioni a cui il patrocinatore, come giornalmente accade, rinunziasse nel corso di una causa.

Nulladimeno noi crediamo esserci luogo a disapprovazione, secondo le circostanze, se detto articolo delle conclusioni fosse essenziale e compreso nell' atto di citazione; il che appunto sembra d' altronde risultare da una decisione della corte di Brusselles de' 29 giugno 1808 (*Sirey*, *tom.* 16 *pag.* 9) avendo pronunziato che la disapprovazione non sarebbe ammissibile se, essendo stata fatta la rinunzia all' udienza, presente la parte, questa non vi si fosse opposta: donde segue che il sarebbe in qualunque altra circostanza.

(2) Ma si potrebbe con un atto susseguente riparare la omissione della firma. — (*Aix* 3 *marzo* 1802; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 438.)

provare che la rinunzia siagli stata validamente proposta.

Ma si comprende che siffatto inconveniente non è più a temersi se la copia riporta la firma apposta sull' originale ; noi pensiamo che in siffatta circostanza, non si potrebbe arguire la nullità della firma, senza che la parte interessata s' inscrivesse in falso.

1458. *La rinunzia e l' accettazione possono farsi in un modo diverso da quello indicato dall' art.* 402 ?

Dai termini facoltativi con i quali va concepito il citato articolo sembra risultare l' affermativa; *la rinunzia, come l'accettazione,* PUÒ *ec. e no già deve ec*: adunque può farsi in differenti maniere: per esempio, all' udienza, in presenza del giudice il quale ne può dar atto; ma è necessario che l'attore ed il convenuto si trovino all'udienza personalmente o mediante i loro procuratori. Allora la loro presenza è attestata dal giudice , senza che siavi bisogno di firma.

Il contratto giudiziario è formato , perciocchè non essendovi alcuna legge la qual esiga che le parti o i loro procuratori sottoscrivano le assertive e le misure prese da essi all'udienza, l'intervento del tribunale il quale attesta e ritiene siffatte misure , supplisce pienamente le firme (1).

1459. *Allorchè la rinunzia fu fatta con atto di patrocinatore a patrocinatore , il convenuto che l'accetta può forse, in vece di notificare la sua accettazione nello stesso modo , dimandare che gli si dia atto all'udienza ?*

Due decisioni della corte di Brusselles, l'una del 20 aprile 1809 (*Sirey tom.* 12 , *pag.* 338), l'altra del 25 maggio 1810 (*Sirey , tom.* 14 , *pag.* 350) , ed una terza decisione della corte di Rennes del 31 gennajo 1811 (*ved. il Giorn. delle dette corti* , *t.* 2, *pag.* 41) pronunziarono l'affermativa su tale quistione, fondandosi , 1. su i termini facoltativi dell'articolo in esame; 2. sul motivo che può interessare a colui al quale venne fatta la rinunzia di ottenerne una il di cui originale stia in un pubblico deposito, ec. (*Ved. un' altra decisione simile della corte di Pau del* 22 *aprile* 1809, *Biblioteca del Foro parte* 2. 1810, *pag.* 282).

Ma Hautfeuille è d'avviso opposto a quanto si è ritenuto dalle citate decisioni. Secondo la sua opinione, sarebbe fare spese inutili col discutere all'udienza ed ottenere una sentenza sulla quistione da noi proposta, sia che trattasi di rinunzia ad una dimanda , sia ad un appello. Coffinieres sembra adottare quest'ultima opinione. — (*Ved il Giornale de' patrocinatori tom.* 2, *pag.* 235 *e* 236).

Evvi, secondo noi, una ragione decisiva per far prevalere la opinione delle decisioni poco anzi citate. In effetti la copia potrebbe perdersi, e con essa la prova della rinunzia , segnatamente nel caso in cui la parte non potesse all'udienza ottener atto di essersi accettata la sua rinunzia, la quale fosse fatta con un semplice atto di patrocinatore a patrocinatore.— (*Ved. la quistione* 1467.

1460. *Obbligato il convenuto ad accettare una rinunzia, è necessario forse che la stessa sia pura e semplice ?*

Thomines relativamente alla proposta quistione alla pag. 173, suppone l'affermativa, sostenendo che i patrocinatori non debbono nè notificare una rinunzia condizionale , nè accettarla così notificata senza l' approvazione formale ed in iscritto de'loro clienti.

Hautfeuille, come sopra, asseriva benanche che per la validità di una rinunzia è necessario che essa sia intera e senza restrizione. Egli suppone che un appellante , o l'attore nella causa principale , sull' appello o sulla dimanda del quale si fosse intentata un'azione di garentia, offrisse di pagare le spese soltanto per ciò che lo riguarda, salvo all'attore nel giudizio di garentia di far valere i suoi dritti contro al suo garante. Allora, egli dice, siffatta rinunzia sarebbe nulla, sia per non esser intera ; abbisognandovi una sentenza o decisione , sia che la rinunzia all'azione principale o all'appello porta seco l'obbligazione di pagare le spese dell'azione di regresso, la quale non è che l'accessorio dell'azion principale o dell' appello. Ed in tal guisa appunto giudicossi dalla corte di

(1) Tal' è la soluzione la quale sembra derivare da una decisione della corte di cassazione del 3 ottobre 1808. (*vedi Denevers* 1808. *pag.* 482) e che una decisione dal 12 maggio 1813. (*Sirey, tom.* 14 , *pag* 277) emette in termini formali, pronunziando che la rinunzia ad un pegnoramento d'immobili è valida, quantunque fatta nella udienza del tribunale ed in assenza dal pegnorato , qualora costui sia stato legalmente chiamato. — (*Vedi sull' art.* 725 † 810.)

Orleans con tre decisioni de' 29 aprile 1807, 13 gennaio e 9 marzo 1808. (1)

1461. *Se una rinunzia condizionata fosse stata accettata dal patrocinatore senza particolare procura vi sarebbe luogo contro di lui all'azione di disapprovazione?*

Che no, perciocchè a' termini della legge, la rinunzia non firmata dalla parte o da colui che è munito di procura particolare, è nulla di pieno dritto.

1462. *Ma se la parte non sa firmare, basterà che il patrocinatore ne faccia menzione?*

No, senza dubbio, imperocchè a differenza degli altri uffiziali ministeriali, a' quali la legge accorda il dritto di certificare quello che le parti dichiarano negli atti del loro ministero, il patrocinatore non è che il mandatario della parte, e non è in siffatta qualità che egli può dare o riceversi gli atti di rinunzia o di accettazione: or la legge esigendo, in quanto alla rinunzia, che il mandato sia particolare, allorchè la parte non lo firma, è necessario che il mandato sia dato con atto antentico.

1463. *Nel caso di una rinunzia condizionata, e quando le condizioni proposte dall' attore non sono accettate dal suo avversario, vi sarebbe luogo a pronunziare sulle conclusioni colle quali quest' ultimo dimanda atto della rinunzia?*

La seconda camera della corte di Rennes giudicò negativamente, con decisione del 17 luglio 1809 da noi citata al tom 2 del suo giornale, pag. 43 alle note; val dire che la rinunzia non può esser separata dalle condizioni colle quali fu fatta, e che se come abbiamo detto sulla quistione 1460, il convenuto non può esser obbligato di accettare una rinunzia condizionata, è giusto benanche che non possa opporre siffatta rinunzia all' attore, se non accoglie le condizioni colle quali questi la fece. (*Ved. sull' art. 471 † 535 le differenti quistioni pertinenti alla rinunzia di appello*).

1464. *Quando la rinunzia è concepita in termini ingiuriosi contro il convenuto, può esser ammessa in giudizio?*

Noi abbiamo detto che il convenuto può non accettare una rinunzia condizionale; ma se questa rinunzia è concepita in termini ingiuriosi contro di lui, non ha più dritto a dispiacersi se, in seguito della soppressione di siffatti termini pronunziata dal giudice, l' atto non altro presenta che la nuda rinunzia. Allora in mancanza di accettazione, poggiata sopra le parole di cui trattasi, non è più ostacolo a far sì che venga ammessa in giudizio; in siffatto modo decise la corte di Parigi il giorno 8 agosto 1802. — (*Ved. giurisprudenza della corte suprema, tom.* 3, *pag.* 265.)

ART. 403 † 496. *Accettata la rinunzia, importa questa di pieno dritto consenso reciproco di rimettere il tutto nello stato in cui era prima della lite.*

Importa egualmente il dovere di pagare le spese della lite, alle quali il rinunziante viene astretto con una semplice ordinanza del presidente scritta a piè della tassa, presenti o chiamati le parti con atto da patrocinatore a patrocinatore.

Se questa ordinanza emana da un tribunale di prima istanza, sarà eseguita non ostante l' opposizione o l' appello: se emana da una corte di appello, sarà eseguita non ostante l' opposizione (2).

T. 70 76 — C. di P. art. 130, 543, e seguenti.

(1) Noi aggiungeremo a queste decisioni quella con cui la corte di Parigi nel 24 agosto 1825 (*Sirey, tom.* 14, *pag.* 438) giudicò, risultare da' termini stessi della legge, che qualunque rinunzia debb' essere pura e semplice, e che per conseguenza non si poteva costringere una parte avversa ad accettarne una che fosse data sotto condizione. Ed in fatti se tale quistione non è espressamente risoluta dal codice, la sua soluzione deriva necessariamente dal motivo che l' art. 403 † 496 suppone che la rinunzia possa essere accettata o rigettata: apperò se la medesima è semplicemente condizionale, sarà questo un motivo evidente perchè la parte a cui è notificata, sia in dritto di non accettarla.

(2) GIURISPRUDENZA.

1. Allorchè in materia di stato siansi fatte procedure in nome di una terza persona, se costei le disapprova rimane obbligata dalla sua disapprovazione; in conseguenza reputasi aver rinunziato a queste procedure, e non può ulteriormente riprenderle. — (*Parigi* 3 *luglio* 1812; *Sirey, tom.* 14, *pag.* 42.)

2. Il debitore che ha attenuto l'omologazione di una convenzione di dilazione contro a' suoi creditori reputasi aver rinunziato al benefizio della sentenza, se posteriormente e durante l' appello forma una dimanda di cessione di beni. — (*Parigi*, 22 *gennaio* 1808; *Sirey*, *tom.* 8, *pag.* 57.)

[3. Perchè una rinunzia faccia cessare la eccezione della pendenza di lite, non è necessario che sia accettata (*Liege, Cassaz. annal. di Laporte*, *anno* 1823, *vol.* 2. *pag.* 429)]

CCCXXXI. Può accadere che la rinunzia sia del tutto condizionata; che non comprenda gli accessori della procedura, come sequestri presso terzo, opposizioni ec.; che finalmente le parti abbiano bisogno di spiegarsi. Quella parte a cui la rinunzia notificasi, deve dunque aver la facoltà di esaminare se le condizioni le convengono, se l' atto è concepito in termini che le siano sufficienti.

E si è per tal motivo che la rinunzia non produce i suoi effetti se non mercè l' accettazione, che non presenta alcune disparità coll' offerta, e che forma il contratto tra le parti.

Allora, secondo l' art. 403, essa importa *di pieno dritto consenso reciproco di rimettere il tutto nello stesso stato in cui erano le cose pria della lite;* d' onde conseguita, che non suppone, siccome abbiamo detto, se non l'abbandono dell' esercizio attuale dell' azione, salvo a rinnovarla in seguito, se non è prescritta. In effetti, l' attore pria della citazione introduttiva del giudizio, *avea l' azione*: egli dunque la conserva dopo la rinunzia a questo giudizio, la quale fa ritornare le cose nello *stato in cui erano pria dell' atto di citazione.* — (*Ved. Pigeau tom.* 1, *pag.*453, *il Pratico tom.*2, *pag.* 416; *la decisione della Corte di Parigi del* 18 *marzo* 1811 *nel commentorio degli annali del not. tom.* 2, *pag.* 484) (1).

1465. *In qual modo accettasi la rinunzia?*

Nella stessa maniera come è formata. — (*Ved. Pigeau tom.* 1, *pag.* 456 — *Tariffa*, *art.* 71, *e le nostre precedenti quistioni*).

1466. *Si può forse, fino all' accettazione, ritrattare una rinunzia?*

Sì, perciocchè il contratto giudiziario non va formato se non dietro l' accettazione, mentre fino a tal' epoca non vi sono che semplici proposizioni per parte di colui che rinunzia. Avviene in questo caso come dell' offerte, le quali possonsi ritrattare finchè non sono state accettate — (*Ved. Pigeau pag.* 436; *la decisione della corte di cassazione del* 4 *luglio* 1810, *e di quella delle corti di Lione del* 14 *dicembre dello stesso anno*, *Giornale de' patrocinatori tom.* 3. *p.* 226).

1467. *Le parole dell' art.* 403, LA RINUNZIA IMPORTA DI PIENO DRITTO CONSENSO *ec. non si trovano forse in opposizione colla soluzione data sulla quistione* 1459?

Noi nol pensiamo, avvegnacchè siffatte parole suppongono soltanto *non esser necessario* che l' accettazione della rinunzia sia seguita da una sentenza la quale dia atto dell' una e dell' altra; ma non escludono assolutamente una simile sentenza.

1468. *La rinunzia accettata produce lo stesso effetto della perenzione?*

(1) Pertanto qualora si menzionasse espressamente nell' atto di rinnozia l' abbandono dell' azione, o se quest' abbandono risultasse da' termini ne' quali à concepito, non vi cada dubbio ehe non importerebbe un mezzo d' inammessibilità contro di uoa nuova dimanda (*vedi Denisart alla parola* rinunzia *n.* 2). Di fatti se la disposizioni del codice di procedora limitano in generala l' effetto della rinunzia alla estinzione della procedora, esse non si oppongono che si estaoda all'aziona stessa, se tal' è stata l' intenzioon dalle parti.

Sempre adunqna secondo questa intanzione bisogna determinare la natura a l' oggetto della rinuusia. Per esempio la corte di cassazione al 21 germile anno decimo (*Sirey, tom.* 14, *pag.* 291), decise che la dichiarazione dell' attore conteoante che dopo aver esaminato i titoli che gli eraoo opposti, dopo aver rinnoziato *ai mezzi ed alle conclusioni* della sna dimanda, importava la rinunzia all' aziona Noi crederemmo che secoodo le circostanze potrebbesi oggidì prononziara nella stessa maoiera, perciocchè nall' addotta specia la rinunzia secondo le espressioni nelle qoall essa ara concepita, sembra riguardare il merito del dritto. Appartiena a' patrocinatori di badare a'termini che impiegano negli atti di rinunzia, onde non dare alla parte avversa un pretesto di supporre una rinunzia all' azione stessa, ch' era l' oggatto della lite.

Noi dobbiamo dire ehe la corte di Parigi con decisiona del 22 luglio 1813 (*Sirey tom.* 14, *pag.* 354) ha dichiarato cha la rinnnsia pura e semplice, senza alcuna riserva, importa l'annullamento dell' azione, di modo cha non si possa riprodurla. Crediamo però per la ragioni di sopra espresse, che questa decisione sia assolutamente contraria al sistama del codice, del pari cha la supposizione fatta da Lepage nel suo *Trattato e Stile di procedura.* 4 ediz. pag. 111, che chi ha rinunziato puramente e semplicemente, ha rinunziato alla soa azione stessa, e che la rinnnzia non cade sulla procedura soltanto, se non allorchè contiene riserva dell' azione. Perciò fu dalla corte di cassazione giudicato che l' atto di rinunzia fatto dalla direziona del registro, cootenente ch'essa ha rinunziata alla dimanda formata cootro... per la coazione di... non *rinunzia all' azione*, ma soltanto alla coazione. Il che conferma la soluzione data alla nostra quist. 1464. (*Cassaz.* 16 *maggio* 1821; *Sirey*, *tom.* 22, *pag.* 6.)

Per una conseguenza della disposizione dell' art. 403, la quale richiede che le parti ritornino nello stesso stato in cui erano pria della lite, gli scrittori del Pratico, tom. 2 pag. 516, si avvisano che la rinunzia accettata produce il medesimo effetto della perenzione.

Quindi, essi dicono, non puossi far uso di alcuno degli atti della procedura estinta, neppure per interrompere la prescrizione. Nell' una e nell' altra ipotesi, fa d' uopo applicare l' art. 2247+2143 del codice civile, il quale dichiara, che se l' attore rinunzia alla lite, se lascia perimere l' istanza, l' interruzione della prescrizione vien riguardata come non avvenuta.

Pigeau, tom. 1, pag. 458, senza spiegarsi su gli atti della causa, dice benanche che uno degli effetti della rinunzia consiste in questo, cioè che l' interruzione della prescrizione, operata coll' atto introduttivo del giudizio, è riguardata come non avvenuta, a norma dell' art. 2247 del codice civile.

Noi siamo del parere degli scrittori del Pratico, pel motivo che la perenzione non è altra se non la rinunzia presunta dalla legge. Or per quali motivi la rinunzia formale non produrrebbe gli stessi effetti della rinunzia presunta? L' istanza è estinta nell' uno e nell' altro caso, e la conseguenza necessaria, siccome abbiamo detto sulla quistione 1451, non è forse che nessuno degli atti che la compongono continui a sussistere? Adunque concederemo alla rinunzia tutti gli effetti assegnati alla perenzione nelle nostre quistioni 1450 e seguenti. Tale si è benanchè l' avviso di Berriat Saint-Prix, pag. 368, n. 3.

1469. ***Allorchè una ordinanza, la quale liquida le spese in seguito di una rinunzia, emana da una corte di appello, è dessa forse suscettibile di opposizione, ancorchè renduta in contraddizione?***

Non potrebbesi mettere in dubbio che se l' ordinanza di cui parlasi nell' art. 403, è renduta in contraddizione; dessa è soggetta all' appello. Ma, dice Pigeau, tom. 1, pag. 658, se vien resa dal presidente di una corte di appello, non è suscettibile di appello, ma sibbene di opposizione, ancorchè fosse stata pronunziata in contraddizione, perciocchè il presidente fu solo a giudicare. Appartiene all' intero tribunale pronunziare sul merito di siffatta opposizione.

Sembraci finalmente esser tale il senso dell' articolo, il quale non potendo in questo caso ammettere l' appello dall' ordinanza del presidente, ha voluto almeno lasciare alla parte il solo genere di gravame compatibile colle attribuzioni della corte (1).

QUINTA DIVISIONE

Della Procedura sommaria, ossia abbreviata.

Talune controversie esigono, avuto riguardo alla natura o alla modicità del loro oggetto, una procedura più rapida di quella di cui il codice stabilisce le regole e le formalità ne' titoli precedenti.

Tali sono quelle la cui conoscenza appartiene a' giudici di pace — (*Ved. tom. 1 pag.* 79).

Quelle che la legge reputa materie sommarie (*Ved. qui appresso, tit.* 24).

Finalmente quelle che sono della competenza de' tribunali di commercio — (*tit.* 25) (2).

Ed appunto perchè la procedura prescritta dal codice per la istruzione di siffatta causa, presenta un *abbreviamento* di quella che deve seguirsi nelle altre, vien chiamata procedura *sommaria* ossia *abbreviata* (3).

Essa differisce particolarmente dalla procedura ordinaria, in quanto che la maggior parte delle liti che vi sono soggette vengono dispensate dallo sperimento preliminare dalla conciliazione, e non vi si fa veruna specie di istruzione per iscritto — (*Ved. i preliminari de' titoli seguenti*).

Modello di Rinunzia

Ad istanza del signor Pietro . . .

Si dichiara al signor B . . . patrocinatore del signor Paolo.

Che il detto signor Pietro ha rinunziato, in virtù della presente, alla dimanda da lui formata contro il signor Paolo, con atto del dì . . . affinchè il detto signor B . . nel predetto nome non alleghi ignoranza, e non faccia più alcuna procedura contro la suddetta dimanda: protestando di nullità tutto quanto fosse fatto in pregiudizio del-

(1) Ma Demiau Crouzilhac, pag. 264, dice al contrario che se l' ordinanza è resa in contradditorio dal presidente di una corte di appello la decisione è *suprema*; e secondo lui, non vi sarebbe più alcun rimedio.

(2) Vedi anche il titolo de' *rapporti* che prescrive una procedura veramente *sommaria*.

(3) Dal latino *sommarium*, abbreviare.

la presente; offrendo detto signor Pietro di pagare al detto signor Paolo tutte le spese da esso fatte secondo la specifica da farsi tra le parti, altrimenti nelle solite maniere, di che ec.

Modello di accettazione di rinunzia.

Ad istanza del signor Paolo si dichiara al signor A . . . patrocinatore del signor Pietro, che in conseguenza dell'atto firmato dal detto signor Pietro (*oppure*) dal Signor . . munito di procura del suddetto signor Pietro ha dichiarato di recedere dalla dimanda da lui formata contro il detto signor Paolo con atto del dì . . .

Lo stesso signor Paolo accetta col presente atto la proposta rinunzia.

TITOLO XXIV.

Delle materie sommarie (1).

Si chiamano particolarmente materie sommarie quelle cause che quantunque non commerciali, esigon pure istruzione semplice e rapida, sia perchè, come in queste ultime, le parti soffrirebbero pregiudizio da' termini e dalle sentenze della procedura ordinaria; sia perchè la causa presenta un interesse poco considerevole, il cui valore potrebbe venir assorbito dalle spese, sia finalmente perchè essa è tanto più semplice e più facile a giudicarsi, in quanto che non elevasi alcuna discussione sul titolo.

Dopo di aver determinato quali sono le cause che devono riguardarsi come materie sommarie, il codice prescrive la forma secondo la quale siffatte materie debbono istruirsi e decidersi, ed a tal'oggetto queste disposizioni presentano altrettante eccezioni alle regole della procedura ordinaria.

Epperò, 1. per le cause ordinarie, l'istruzione principale consiste negli scritti che le due parti hanno la facoltà di notificarsi reciprocamente. — (*Ved. art.* 77 *e* 80 † 171, *e* 174).

Ma siffatta facoltà non è concessa nella procedura per le materie sommarie, le quali non ammettono veruno scritto tra la citazione, e le discussioni all'udienza. (Art. 405 † 498).

2. Similmente, se gl'interventi in causa, e le dimande incidenti sono ordinariamente proposte con atti o dimande da patrocinatore a patrocinatore, alle quali il convenuto può rispondere nello stesso modo (*ved. art.* 337 *e* 339 † 431 *e* 433), le cause sommarie, all'opposto, non ammettono siffatta istruzione, formandosi le dimande incidenti con atto di patrocinatore a patrocinatore; detti atti debbono contenere conclusioni motivate con la chiamata all'udienza, ed il convenuto non è autorizzato a notificare alcuna risposta. (Art. 406 † 499).

3. Finalmente, nelle materie ordinarie, i fatti di cui dimandasi farne la prova, debbono esser notificati tre giorni pria dell'udienza, per esser riconosciuti o negati, ed allorchè il tribunale ammette la prova, nomina, per procedere all'esame, un giudice commessario il quale deve compilare un processo verbale delle deposizioni. (Ved. gli art. 252, 255 e 269 † 347, 350 e 364. Ma nelle cause sommarie, i fatti da provarsi sono articolati all'udienza, senza esser stati pria notificati, il tribunale nel pronunziar la sentenza che ordina l'esame, non nomina il commessario, e l'esame si fa all'udienza; il quale d'altronde è puramente verbale, allorchè la causa è di natura tale da esser giudicata in ultima istanza. (Art. 407, 412 † 500, 505.)

Del resto la legge indica talune delle formalità prescritte per gli esami ordinari, che devono necessariamente esser osservate per gli esami sommari (Art. 413 † 506) (2).

Art. 404 † 497. *Sono riputate materie sommarie ed istruite come tali.*

Le appellazioni dalle sentenze de' giudici di pace (3);

Le azioni puramente personali (4), *qualunque sia il loro ammontare*, *sempreechè siano fondate sopra un documento scritto non controverso*;

Le dimande non appoggiate da documento scritto, quando non eccedono i mille franchi;

(1) Vedi l'ordinanza del 1667, tit. 7, e *sopra n.* 409, 674, 733, 965, 998; *appresso* sull'art. 463. Vedi anche gli arresti citati alle quistioni 1473, e 1476.

(2) Noi osserviamo con Thomines, pag. 177 che l'eccezioni fatte in questo titolo dal legislatore alle regole generali, confermano queste regole pe' casi eccettuati, e che per conseguenza queste debbono essere strettamente osservate, almeno ogni qual volta non siano incompatibili coll'oggetto e collo scopo della procedura sommaria.

(3) *Appello*, vedi art. 15, e 31 † T e 135; celerità, affitti, annualità, art. 491, 125, 72 † 555, 219, 166; spedizione degli affari urgenti, art. 12, 14 † 113, 181.

(4) Vedi il commentario sull'art. 2.

Le dimande provvisorie, o che richiedono pronta spedizione;

Le azioni per pagamento di pigioni, affitti, e di arretrati di rendite (1).

T. 67 — Ordinanza, tit. 17

CCCXXXII. L'ordinanza del 1667, tit. 27, art. 3, 4, e 5, classificando siffatte materie, entrò nei più minuti particolari. Nulladimeno, dopo una lunga nomenclatura, limitavasi a dire generalmente che tutto ciò che *richiede celerità, ed in cui può essevi periglio nella tardanza, reputasi benanche come materia sommaria.*

L'articolo in esame è ancora più conciso. Dopo d'aver enumerato soltanto un picciol numero di oggetti, limitasi ad aggiungere; *le dimande provvisorie, o che richiedono celerità.* Il legislatore considera la impossibilità di precisare tutt'i casi, e dall'altra parte, i giudici non possono ingannarsi in risguardo a quelli che richieggono celerità — (*Locrè, tom.* 2, *pag.* 77; *rapporto del tribuno Perrin, e quì appresso* n. 1472) (2).

1470. *In qual caso un titolo è riputato controverso?*

Secondo Demiau-Crouzilhac, alla pag. 206, non reputasi titolo controverso, che farebbe cessare d'esser sommaria la causa, nè quando un atto autentico fosse arguito di falso, nè quando un atto privato non fosse riconosciuto, o fosse negato, e neanche quando la controversia riguardasse la sola spiegazione delle condizioni, o del modo di eseguire una obbligazione o un contratto; ma si direbbe titolo controverso allorquando impugnasi la sua essenza; allorchè, per esempio, si oppongono eccezioni di dolo, frode, circonvenzione, mercè le quali si pretende non doversi alcuna cosa, ovvero si oppone una falsa causa, simulazioni, ed in generale tutte le azioni rescissorie o redibitorie, e tutte le eccezioni di nullità dirette o contro la sostanza dell'atto, o contro l' obbligazione ch' esso contiene.

Siffatte eccezioni, soggiunge Demiau, mediante le quali veramente impugnasi il titolo, rendendo necessaria una più estesa istruzione, sia in risguardo a' fatti, sia al dritto, non potevano annoverarsi nella classe delle cause sommarie.

Noi leggiamo nella Biblioteca del Foro, part. 1. tom. 3, pag. 24 e 25, che bisogna distinguere tra la controversia che sorge sul titolo, e quella che s'impegna sul merito della dimanda, di cui il titolo ne è l' istrumento: « Così, per esempio, voi mi citate pel pagamento di una obbligazione di 2000 franchi, che pretendete esservi stata da me sottoscritta; io impugno il vostro titolo; val dire, offro di provare che il vostro contratto è l' effetto del falso, della violenza, del dolo; offro finalmente provare che il vostro dritto non ha mai esistito; e che solo mediante un delitto avete acquistato un titolo, e nello stesso tempo la facoltà d' intentare un' azione contro di me. Io non oppongo una eccezione direttamente contro la vostra dimanda; comincio dall' impugnare il vostro titolo, e se in siffatto modo escludo la vostra dimanda, essa cesserà senza dubbio di esser sommaria, allorchè però, elevandosi ad una somma superiore di 1000 franchi, non potrà rientrare nella classe di quella indicata nel §. 3, dell'art. 304.

» Ma se invece d'impugnare il vostro titolo,

(1) GIURISPRUDENZA.

1. Una dimanda pel pagamento delle spese di custodia può essere considerata da' giudici come causa sommaria e che richiede celerità: il magistrato che amministra giustizia nel tempo delle ferie può giudicarne, senza che per questo espresso motivo, vi sia luogo a cassazione. — (*Cassaz.* 28 *maggio* 1816; *Sirey*, *tom.* 4, *pag.* 70.)

2. Lo stesso deve dirsi di una causa puramente personale, quando il titolo non è controverso. — (*Rennes* 20 *novembre* 1812.)

3. Le dimande provvisorie per somministrazione di alimenti, reputansi materia sommarie. In conseguenza tutte la sentenze pronunziate sopra tali dimande sono esecutive di piano dritto, non ostante appello. — (*Brusselles* 12 *fiorile, anno* 13; *Sirey*, *tom.* 17, *pag.* 777.)

4. Non si debbono tassare, come nelle materie sommarie, le spese aggiudicate in appello da una sentenza resa sugl' incidenti promossi in una distribuzione per contributo, allorchè quest'incidenti sono connessi per la loro natura ad una istanza principale ordinaria. — (*Parigi*, 1 *aprile* 1811; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 352)

5. In materia commerciale gli appelli per incompetenza sono riputate cause sommarie. — (*Cassaz.* 9 *feb.* 1813; *Sirey*, *tom.* 14 *pag.* 197.)

(2) Tal' è il motivo degli sviluppamenti da noi dati su quest' articolo 404 † 497 nelle quistioni 1344, e 1351 della nostra Analisi. — (*Vedi appresso la quistione* 1476, *e sull' art.* 806 *al titolo de' giudizi per via di sommaria esposizione.*

oppongo la prescrizione, il pagamento, le compensazioni, tacitamente l'ammetto, e ne riconosco la legitimità; ma vi oppongo eccezioni che tendono ad estinguere t' oggetto della vostra azione, or siffatta impugnazione alla vostra azione, non impedisce che la dimanda sia sommaria; ella è puramente personale; esiste un titolo non controverso, e quindi le condizioni della legge sono adempite. »

Si comprende, secondo Demiau Cronzilhac, che una iscrizione in falso, il non riconoscere scritture o firme, non sono di ostacolo a far si che la causa sia sommaria; ma che tutte le altre eccezioni la mettono in tale categoria. All'opposto, secondo il passo pocanzi riportato della Biblioteca del Foro, la querela di falso, la non ricognizione della scrittura, producono simile effetto.

Noi non faremo alcuna eccezione relativamente all'allegazione di falso o alla ricognizione o negazione di scrittura. Un titolo è controverso o in quanto alla sua esistenza, se vien arguito di falso o negato, o in quanto alla sua validità, allorchè gli si oppone il dolo, la frode, la falsa causa, una nullità etc: In tutti questi casi, noi pensiamo che la lite cessa di esser sommaria, perciocchè l' art. 404 non fa alcuna distinzione, nè esclude alcun motivo di controversia; or, vale lo stesso impugnare un titolo che arguirlo di falso o negarlo. In conseguenza adottiamo l' opinione di Mailhier, autore del passo pocanzi riportato. La differenza da lui stabilita nell' impugnare la dimanda ed il titolo, sembraci spiegare nel modo più soddisfacente il senzo dell'art. 404.

1471. *Le dimande reali o miste son forse reputate sommarie, allorchè non eccedono mille franchi?*

Il paragrafo 3. dell'art. 404 stabilisce, in termini generali, che le dimande formate senza titolo saranno riputate materie sommarie, allorchè non eccedono mille franchi. Nè fa alcuna distinzione, come il paragrafo 2, tra le materie puramente personali e le altre; e da ciò gli scrittori del Pratico, tom. 2, pag. 421, conchiudono che la disposizione in esso contenuta applicasi tanto alle dimande puramente personali, quanto a quelle reali.

Demiau Crouzilhac, alla pag. 296, dice all'opposto che a norma del paragrafo 3.° una dimanda fatta senza titolo reputasi sommaria se non eccede mille franchi, *ma soltanto per un' azione puramente personale.*

Epperò, secondo questa opinione, si direbbe che i due paragrafi da noi citati non sono relativi che alle dimande puramente personali; cioè, il primo in quanto che stabilisce che siffatte dimande, a qualunque somma ammontassero, saranno riputate sommarie quando siavi titolo non controverso; il secondo, che le suddette dimande saranno riputate tali, allorchè si formeranno senza titolo, se non eccedono però il valore di mille franchi: d'onde ne seguirebbe che in nessun caso, una materia reale o mista potrebbe esser dichiarata sommaria.

Siffatta opinione sembraci giustificata, sia dalle disposizioni degli art. 1, 2, 3, 4, e 5 del tit. 17 dell' ordinanza, la quale indicava con più particolarità, che non ha praticato l' art. 404 del codice, le cause che vogliońsi riputare sommarie, sia da' chiarimenti dati sopra i detti articoli da varî commentatori. Ed in vero nè nell'ordinanza, nè in alcun commentario rattrovasi una dimanda reale o mista annoverata tra le cause sommarie: all' opposto ciò che dimostra che le dimande di tal natura non lo erano, si è che Jousse l' esclude formalmente nella sua nota 1. sull' art. 1. del citato titolo dell' ordinanza.

Or è da presumere che il legislatore non abbia inteso fare una innovazione tale qual' è quella che suppongono gli scrittori del Pratico; nè basterebbe, per ammetterla, la futile induzione che potrebbesi ricavare dal motivo che il paragrafo 3. dell'art. 404 non replica affatto le parole *puramente personali*, e non esprime alcuna distinzione.

1472. *Quali sono le dimande provvisorie, e che richiedono celerità?*

Il legislatore non indica i caratteri di siffatte specie di dimande, ma sembra risultare dalle espressioni del tribuno Perrin, nel suo rapporto sul presente titolo (*ved ediz. di F. Didot, pag.* 121) che egli a tal proposito ha inteso rimettersi alla prudenza del giudice. Se il codice, come diggià abbiamo detto (*ved. il com. all' articolo*), lascia esistere qualche incertezza su ciò che esso chiama dimande provvisionali o che richieggono pronta spedizione, si è perchè è impossibile prevedere tutt' i casi, e perchè d'altronde i giudici non possono ingannarsi su ciò che esige il pronto intervento della giustizia.

Per siffatto motivo la corte di cassazione, con arresto del 27 giugno 1810 (*Sirey tom.* 10 , *pag.* 348) dichiarò che una corte di appello avea potuto riguardare come richiedente celerità , e per conseguenza mettere nella classe delle cause sommarie, una dimanda di scioglimento di affitto, e ricevere all'udienza le deposizioni de' testimoni ascoltati su tal dimanda. Risulta da questo arresto, che la quistione se le dimande sieno provvisionali o se richieggono celerità, è abbandonata ai lumi ed alla prudenza de' giudici.

Del resto, puossi asserire in generale, che le dimande le quali esigono celerità sono le stesse di quelle di cui conoscono le camere feriali, in virtù dell'art. 44 del decreto del 30 marzo 1808; tali sono le cause risguardanti oggetti che potessero perire, prescrizioni da interrompersi, nomine e scuse di tutori , alimenti , giudizi per via di sommaria esposizione, sequestri, rivindiche ec. (*Ved. le nostre quistioni sul titolo de' giudizi per via di sommaria esposizione; il nuovo Repertorio alla parola vacanze; Jousse, introduzione al tit.* 17 *dell'ordin., e sugli art.* 1. 2. 3. 4. *e* 5. *di queste stesso titolo*; *Sirey tom.*8, *DD. pag.* 192, *e finalmente il nostro commentario sull' art.* 134, *tom.* 1. *pag.* 332)

1473. *La legge indica forse segnatamente come materie sommarie talune cause le quali non sono menzionale nell' art.* 404 ?

Si, tali sono la cause seguenti, nelle quali la legge, colle espressioni di cui si serve, fa conoscere ch' esse sono interamente assimilate , in quanto alla procedura , a quelle indicate dall'art. 404.

1. La presentazione delle relazioni de' periti , e le loro ricuse. (*Vedi l'art.* 320 *e* 311 † 414 e 405, *e la decisione della corte di Parigi del* 25 *maggio* 1808 *citata sulla quist.* 733 , *tom.* 2, *pag.* 23.)

2 L' ammessione delle cauzioni (*art.* 521 *e* 832 † 601 e 915);

3. Le rivindiche de'mobili sequestrati (*art.* 608 † 698.)

4. Gli appelli dalle sentenze sulla distribuzione per contributo , e quelli dalle ordinanze ne' giudizi di sommaria esposizione (Art. 669 e 809 † 752 e 892.)

5. Le dimande di rilascio del debitore arrestato e le compulsorie per pagamento di spese (Art. 805 e 847 † 888 e T.)

6. La nomina di tutori (*codice civile*; *art.* 449 † 372)

7. Le difficoltà relative alle divisioni ed a' quaderni delle condizioni per le vendite all'incanto hanno luogo in risguardo a' siffatte dimande. (Codice civile art. 823 † 742; codice di procedura , art. 973 † 1049) ;

8. Le opposizioni alla liquidazione delle spese (Decreto del 16 feb. 1807, art. 67) ;

9. Le contestazioni sulla graduazione de'creditori (Art. 161 † 255) *Ved. le quist. su gli articoli da noi citati.*)

10. Le distituzioni de' tutori (Codice civile art. 449 † 372.)

1474. *Gli appelli per incompetenza e le dimande per la validità de' sequestri presso terzo reputansi forse materie sommarie* ?

Noi abbiamo risoluto negativamente siffatta quistione in quanto alle declinatorie di foro per incompetenza (ved. tom. 2. pag. 23), citando una decisione della corte di Parigi del 25 maggio 1808. Ed in virtù della stessa decisione fu ritenuto benanche che le dimande per le validità de'seqnestri presso terzo non possono riputarsi materie sommarie, atteso che desse non sono affatto menzionate dall' art. 404, e che , da un' altra parte, niun articolo spiegasi, a loro riguardo, ne'termini simili a quelli che vanno adoperati negli articoli citati sulla precedente qnistione (1).

(1) La corte di Rennes con decisione de' 2 ottobre 1813 giudicò nello stesso modo in una specie in cui si trattava di decidere se un terzo sequestratario era creditore o debitore; essa dichiarò che siffatta controversia non essendo del nomero di quelle che richiedevano celerità, molto meno era sommaria.

Comonque sia , in taluni tribunali si persiste a pensare il contrario mediante una distinzione che noi crediamo non affatto fondata.

La dimanda primitiva , dicesi , la prima azione che s' intenta è ordinaria , e tal' è parimenti quella per la validità di un sequestro presso terzo : per lo contrario l'azione che dà luogo al sequestro è sommaria (il che spessissimo accade) , ed è ugualmente tale quella per la validità. In una parola l' azione per la validità è l'accessorio della dimanda che vi ha dato luogo; essa non è se non l' esecuzione. Laonde per ottenere il pagamento di una somma inferiore a mille franchi per mezzo di un titolo non controverso (materia evidentemente sommaria), si stabilisce un sequestro presso terzo ; in questo caso la dimanda di validità è sommaria. Al contrario per ottenere il pagamento di una somma eccedente i mille franchi dovuti mercè di un titolo che s' impugna (materia ordinaria), se ha avuto luogo un sequestro presso terzo se il debitore non è ammesso nelle

1475. *Debbonsi forse riputar materie sommarie le cause che la legge indica soltanto come quelle che debbono esser* giudicate sommariamente *senza esprimere ch' esse sieno istruiti* SOMMARIAMENTE O SENZA PROCEDURA *ec. in una parola, come dicono gli articoli citati sulla quistione* 1473 *?*

Che no, e come osservano tanto Demiau Crouzilhac, pag. 297, quanto Berriat Saint-Prix, pag. 376, bisogna ben distinguere queste cause da quelle menzionate nell' articoli 404, o negli articoli citati sulla quistione 1473. Queste sono istruite e giudicate sommariamente, quelle debbono essere giudicate sommariamente, val dire con celerità, dietro discussione all' udienza, senza potersi ordinare istruzione per iscritto. La istruzione poi dev' esser fatta secondo le regole ordinarie, ossia secondo le regole particolari indicate dalla legge; per esempio, quando essa limita il numero de'ruoli di un'istanza ec.ec., (*Ved. la tariffa, art.* 15)

Ciò che prova la giustizia di siffatta osservazione, che noi abbiamo già avuto occasione di applicare in più quistioni, e segnatamente sulla quistione 733, si è che la tariffa ammette in tassa gli atti scritti in diverse cause, di cui il codice vuole che la decisione sia resa sommariamente; tal che se si fosse voluto assimilarle per l' istruzione alle materie sommarie, non si sarebbero autorizzati tali atti, non ammettendosi in siffatte materie alcuna scrittura.

1476. *Quali sono le cause che debbono esser giudicate sommariamente, come si è detto nella precedente quistione ?*

Desse sono,

1. Le declinatorie (*art.* 168 *e* 172 + 262 e 266 *e la tariffa*, *art.* 751);
2. Le ricuse di testimoni (*art.* 287 + 381, *e la tariffa art.* 711);
3. Le opposizioni alle garentie, restituzioni di documenti, riassunzioni d'istanze (art. 180, 192 e 148+274, 286 e 241 e la tariffa art. 95);
5. Gli incidenti sulla procedura del pegnoramento degl' immobili, tanto in prima istanza che in appello (*art.* 718 + 802 *e la tariffa art.* 117, 119, 122, *e* 125);
5. Le surrogazioni alle procedure ne' giudizi d' ordine (art. 779 + 862);
6. Le dimande per nullità di arresto personale (*art.* 794 *e* 795 + 877 e 878);
7. Le dimande per lo rilascio della spedizione degli atti (art. 839 e 840 + 922 e 923);
8. Le opposizioni de' parenti alle deliberazioni del consiglio di famiglia — (Codice di procedura art. 883 e 884 + 960 e 961);
9. Gli appelli sulle contestazioni delle graduazioni (*art.* 765 + 849). (*Ved. le nostre quist. sugli articoli precitati.*)

La parte che ha trascurato di sostenere in prima istanza che una causa non era sommaria, non può gravarsi in grado di appello che la stessa sia stata giudicata come materia ordinaria.

ART. 405 + 498. *Le cause sommarie, scaduto il termine fissato nella citazione, vengon giudicate all' udienza dietro semplice atto* (1) *senz' altra procedura nè formalità.*

Ord. tit. 17, art. 1. — C. di P. art. 82.

sue eccezioni, se il titolo è giudicato legittimo, se il sequestro è dichiarato valido; allora questa ultima istanza, riputata l' accessorio dell' altra, è ordinaria.

Questa distinzione è più speciosa che fondata; ma in primo luogo, non può essere permesso al giudice di distinguere ove la legge non distingue. Tosto che la materia è ordinaria, ogni distinzione per farla cambiar natura non potrebb' essere ammessa senza violar la legge. Or ci sembra che la tariffa, accordando delle vacazioni nel suo art. 90, messo sotto la rubrica delle cause ordinarie, mostra chiaramente che ritiene la causa come ordinaria; la quale d'altronde dev' esser tale anche a motivo della complicazione della procedura. La dimanda per la validità, dicesi, deve seguire la sorte dell' azione principale. Mi son dovuti mille scudi mercè un titolo ipotecario non controverso; io domando il pegnoramento degl' immobili. Questa dimanda, nel sistema che noi combattiamo, sarebbe ordinaria; ma quali sarebbero le ragioni per cui una dimanda di *pura esecuzione* dovrebb' essera riputata della stessa natura dell' azione sulla quale è intervenuta la condanna?

Del resto tali quistioni relative alla natura delle dimande di validità e di rimozione di sequestro sono trattate da Manguin (*vedi Bibliot. del foro prima parte*, *tom.* 3, *pag.*) con tutti gli sviluppamenti che si possono desiderare.

Secondo questo autore le dimande per pagamento di somma, e pel rendimento di conti fondate su titoli non controversi, debbono essere considerate indistintamente come materie sommarie.

[Risulta da una decisione della Corte di Bruselles, dei 15 giugno 1822 (*Ann. di Laporte*, *anno* 1823, *vol.* 2, *pag* 57) che essa considera le dimande per la rimozione dei sequestri coma sommarie, ma tale distinzione non può estendersi alle dimande per la rimozione del sequestro reale.]

(1) *Semplice atto*, vale a dire atto di avviso,

CCCXXXIII. Secondo quest' articolo puossi, allo spirar del termine della chiamata all' udienza, decidere la causa, e se vi ha costituzione di patrocinatore, non sarà concesso il termine di quindici giorni accordati per le cause non sommarie dagli art. 77 e 78 † 171 e 172. La differenza risulta dal motivo che nelle cause ordinarie permettesi alle parti di esporre i fatti ed i mezzi di difesa per iscritto, ciò che non ha luogo per le cause sommarie.

1477. *Le materie sommarie son forse dispensate dallo sperimento preliminare della conciliazione?*

L'affermativa è certa, relativamente alle dimande che richieggono celerità, a quelle di rilascio del debitore arrestato, a quelle di rimozione di sequestro o di opposizione, ed a quelle per pagamento di pigioni e di affitto, perciocchè l'art. 49, §§ 2 e 5, le dispensa formalmente dallo sperimento della conciliazione.

Similmente è indubitato che gli appelli dalle giustizie di pace van dispensati da siffatto sperimento nello stesso modo di qualunque altro appello, non solamente perchè lo sperimento di conciliazione non deve precedere la dimanda (*ved. l' art.* 48), ma anche pel motivo che le cause le quali sono della conoscenza del giudice di pace non vi sono soggette —(*Berriat Saint-Prix* pag. 374, *art.* 8).

Ma gli scrittori del Pratico, tom. 2, pag. 427, avvisano che tutte le altre dimande sommarie van sottoposte a siffatto sperimento preliminare, atteso che l'art. 48 vi assoggetta tutte le dimande principali, senza eccettuarne quelle di cui parliamo.

Non è nostra mente combattere siffatta opinione, ma osserviamo che la maggior parte delle materie provvisionali possono rientrare nella classe generale delle materie che richieggono celerità, siccome abbiam detto nel tom. 1. pag. 333 not. 1; da un altra parte, la quistione onde conoscere se una dimanda debba riputarsi urgente, è abbandonata, come benanche abbiam detto sulla quistione 1472, alla prudenza del giudice; ed in siffatto modo accadrà più raramente che non si crede, che lo sperimento preliminare della conciliazione, sia giudicato indispensabile, perchè una dimanda in materia sommaria sia ricevuta in giudizio.

1478. *Dalla disposizione dell' art.* 405 *bisogna forse conchiudere che non si possano notificare, in materia sommaria, le conclusioni motivate?*

Noi nol pensiamo, perciocchè a secondo l'osservazione di Demiau Crouzilhac alla pag. 297, le parti possono avere un grande interesse ad inserire le loro conclusioni o i loro mezzi principali di difesa in un atto di procedura, sia per cambiare o modificare le conclusioni precedentemente date (*ved. l' art.* 33 *del decreto del* 30 *marzo* 1818), sia per assicurarsi che se ne terrà conto nel giudicare, sia in fine per procurarsi un mezzo di giustificare, in caso di appello, esservi stato errore o di essersi mal giudicato.

Osserviamo solamente che siffatte conclusioni non saranno ammesse in tassa, nè potranno, sotto verun pretesto, ritardare il corso della procedura, a meno che la parte a cui fossero notificate non lo dimandasse essa stessa nel suo interesse, allorchè le medesime esigessero da parte sua una risposta.

ART. 406 † 499. *Le dimande incidenti, e d' intervento in causa, devono farsi per via di atto di patrocinatore, contenenti le semplici conclusioni motivate* (1).

Tom. 19, 21 — Ordin. del 1667, tit. 21, art. 24 — Cod. di P. art. 327, 339.

CCCXXXIV. La legge prescrive con questo articolo che la parte la quale forma una dimanda incidente, o un intervento in causa, si limiti ad enunciarne l'oggetto ed i motivi, senza entrare ne' sviluppamenti di mezzi che essa intende proporre per giustificarla (2).

se il convenuto ha costituito patrocinatore. —(*Vedi l' art.* 406 † 499 *per gl' incidenti e le interventi*)

(1) GIURISPRUDENZA.

La dimanda di nullità di un pegnoramento d'immobili è, di sua natura, un' opposizione incidente che può farsi con atto da patrocinatore a patrocinatore.

(2) Ma bisogna osservare, relativamente all'atto d' intervento, che dee contenere in principio la costituzione di patrocinatore da parte dell' interveniente, poichè l'intervento presenta necessariamente una nuova dimanda per parte di quello che la forma. — (*Arg. desunto dalla decisione della Corte di Colmar del* 22 *febbraio* 1809 *citato nelle quistioni* 1272 e 1273.)

1479. *Puossi rispondere mediante conclusioni motivote agli atti di cui porlasi nell' art. 406 ?*

Il convenuto nell' incidente è obbligato rispondere nel termine di tre giorni seguenti alla notificazione, come dice Demiau alla p. 297.

Al contrario Pigeau, tom. 1, pag. 391 e 392, sostiene non potersi rispondere per iscritto, perciocchè non se ne avrebbe il dritto per la dimanda principale, secondo l'art. 405; epperò, conchiude Hautfeuille, pag. 214, la risposta non può darsi se non se coll' aringa.

Gli è vero che l' art. 75 della tariffa tassa un atto in risposta a quello di cui parliamo; ma per la verità siffatto articolo non si riferisce che alle materie ordinarie, in conseguenza, secondo la nostra opinione, conviene attenersi a quanto dice Pigeau e Hautfeuille, osservandosi però, come abbiam praticato sulla quistione 1438, che la risposta non è proibita se non nel senso cioè, ch' essa non entra in tassa e non può ritardare la procedura.

Art. 407 + 500. *Se occorre sentire de'testimoni, la sentenza che ordina l' esame, deve esprimere i fatti che sono da provarsi, senza che sia necessario di orticolarli preliminarmente, ed indicherà* il giorno e l' ora (1) *in cui i testimoni debbon essere sentiti all'udienzo* (2).

Ordin. del 1666, tit. 22 (degli esami) art. 1. — Ordin. di Francesco 1 dell' anno 1525, cap. 12. art. 5. — C. di P. art. 34 e seg. 432.

Bisogna altresì osservare che l' atto col quale si fanno le dimande incidenti o gl' interventi, dee contenere, per evitare, le spese di un atto particolare di citazione una intimazione a comparire all' udienza a giorno fisso. — (*Vedi Hautefeuille, pag.* 214 *e* 115.)

(1) *Giorno ed ora.* Nelle cause ordinarie sono stabiliti dal giudice delegato.

(2) GIURISPRUDENZA.

1. Non si debbono sentire all' udienza e sommariamente i testimoni chiamati per comprovare l'assenso. — (*Colmar* 16 *termidoro*, *anno* 12; *Giurisprudenza del cod. civ.*, *anno* 3, *pag.* 226.)

[2. Nella materia sommaria l'esame non è nullo, quantonque la sentenza che l'ordina non sia stata notificata. (*Brusselles*, 16 *ottob.* 1822, *Ann. di Laporte*, *anno* 1823, *vol.* 1, *pag* 119.)]

[3. In ogni caso tale nullità rimarrà sanata per non essersi, proposta prima di qualonque altra eccezione. (*Brusselles*, 18 *dicembre* 1822, *Ann. di Laporte*, *ibid. pag.* 15.)]

CCCXXXV. La legge dispensando le parti col presente articolo, dall' enunciare i fatti che esse dimandassero provare, intende non esser necessario dichiararli con un atto preliminarmente notificato; ma è chiaro che bisogna pur nondimeno indicarli a' giudici per conoscere se sono pertinenti ed ammissibili, ed ordinare o rigettare la prova; essi dunque dovranno esser articolati all' udienza in tempo delle discussioni, e trascritti nell' atto ordinario che contiene le conclusioni.

1480. *Se non ostante la disposizione dell' art. 407, uno parte orticolosse con un atto quei fatti cui intende for ammettere la provo, lo parte owersa sorebbe forse obbligata o controdirli parimente con un atto, ne' termini e sotto le pene stobilite nell' ort.* 252 + 347 ?

Tale si è l'opinione di Demiau Crouzilhac alla pag. 298, il quale fondasi sul motivo che il legislatore, dicendo non esser necessario articolare preliminarmente i fatti, ha inteso dire non esservi obbligo di farlo; il che costituisce una disposizione facoltativa e non proibitiva.

Ma se la parte che dimanda la prova ha la facoltà di non notificare un atto in cui siano articolati i fatti, perchè mai l'altra non avrebbe, a vicenda, le facoltà di non rispondere a questo atto che le venisse articolato ? Perchè mai la prima imporrebbe al suo avversario l'obbligo di rispondere sotto le pene severe comminate dall' art, 252, mentre questi non potrebbe esigere da essa che gli notificasse un tal atto? . . . .

Demiau espone la sua opinione come favorevole al convenuto nella prova, perciocchè, egli dice, come mai il suo patrocinatore potrà nell' udienza riconoscere i fatti o negarli, quando non ne sia stato informato preventivamente, e quando non abbia conferito col suo cliente, il quale se ne fosse stato istruito, non avrebbe forse soggiaciuto alla sentenza interlocutoria ?

Noi però rispondiamo che la parte dee imputare a se stessa la colpa di non aver informato il suo patrocinatore de' fatti relativi alla causa di cui dovea presumere potersene dimandare la prova; che d' altronde il patrocinatore può ottenere un differimento ad altra udienza; che se la sentenza interlocutoria trovasi profferita, essa ha il tempo necessario per raccogliere i fatti e prevenire la esecuzione della stessa; che del resto la legge rigetta

l'atto in cui siano articolati i fatti, perchè ha voluto che la procedura fosse rapida, e che non deesi esaminare qual'è l'interesse delle parti relativamente a questo atto per decidere la quistione che noi abbiamo proposta, nè si può supplire ad una procedura con un'altra non istabilita dalla legge.

1481. *Se la sentenza non pronunziasi immediatamente, ed un nuovo giudice vien chiamato, puossi forse pronunziare sulle annotazioni?*

Si può nelle materie criminali (*), perciochè la legge ha troncato la difficoltà; ma, in materia civile, bisognerebbe ricominciare l'esame de' testimoni, ancorchè ne fossero stati compilati notamenti sottoscritti dal giudice e dal cancelliere. In effetto la legge prescrive che i giudici pronunziano sulle deposizioni verbali.

ART. 408 + 501. *I testimoni debbono esser citati almeno un giorno avanti del loro esame* (1).

Tit. 76 — Ordin. tit. 17, art. 8 — C. di P. art. 260, 413.

1482. *La disposizione del presente articolo è prescritta sotto pena di nullità?*

L'articolo in esame non ispiegasi a tal proposito nello stesso modo come pratica l'art. 260 + 355, noi però crediamo che il legislatore ha inteso prescrivere sotto pena di nullità la osservanza di quanto è stabilito nel suddetto articolo; altrimenti l'esame non potrebbe aver luogo nel giorno fissato dalla sentenza; or non sarebbe permesso farlo in un altro giorno se non quando il tribunale ne avesse accordata la proroga. — (*Ved. il Prat. tom. 2, pag.* 408.)

Inoltre fa duopo osservare che il giorno è libero; di modo che debbono citarsi i testimoni al più tardi l'antivigilia del dì che devono sentirsi, e non già la vigilia; periocchè citandoli la vigilia, non sarebbe citarli un giorno pria dell'esame, come è prescritto dall'art. 408. — (*Ved. Delaporte, tom 1, pag.* 376, *ed il com. inserito negli annali del notariato, tom.* 2, *pag.* 489.)

E' chiaro benanche che se i testimoni sono domiciliati ad una distanza al di là di tre miriametri, bisognerà seguire le disposizioni dell'art. 260 + 355 ed accordare loro l'aumento del termine stabilito da siffatto articolo. (*Ved. Pigeau, tom. 1, pag.* 285, e 286.)

ART. 409 + 502. *Se una delle parti dimandasse proroga, questo incidente sarà giudicato all'istante.*

C. di P. art. 279 e seg.

CCCXXXVI. Noi osserviamo che l'art. 8 del tit. 17 dell'ordinanza proibiva a' giudici di accordare una proroga in materia sommaria; ma l'esperienza ha dimostato che poteva esser necessaria. Epperò l'art. 409 autorizza la dimanda di proroga tanto per l'una che per l'altra parte, val dire, così per la prova diretta che per la controprova, la quale deve aver luogo lo stesso giorno della prima.

1483. *A qual' epoca deve farsi la dimanda di proroga?*

È evidente che la dimanda di proroga debbe farsi nel giorno indicato dalla sentenza; e sarebbe rigettata, se venisse fatta posteriormente, periocchè la medesima, in materia ordinaria secondo l'art. 269 + 364, non è ammissibile se non quando formasi nel termine fissato per la compilazione dell'esame; ciò che fa supporre essersi l'esame incominciato (2). —(*Ved. Delaporte, tom. 1, pag.* 216; *Demiau Crouzilhac, pag.* 299).

ART. 410 + 503. *Se la sentenza è inappellabile, non vi è bisogno di far processo verbale*

(*) Presso di noi però neanche ne' giudizi penali possono variare i giudici nel corso del dibattimento; nè la decisione può profferirsi se non da coloro che hanno assistito a tutte le udienze, della discussione pubblica, a pena di nullità. (*Art.* 229, proced. pen.) Per lo che ove la discussione sia tale che sin dal principio veggasi esser necessario protrarla a più giorni, può il presidente disporre che vi assista, oltre al numero ordinario dei giudici, un altro giudice o della stessa gran Corte o del tribunal civile, il quale faccia le veci dell'ordinario, nel caso di suo impedimento o non intervento (*Art.* 227. ibid.)

(1) GIURISPRUDENZA.

Nelle materie sommarie il convenuto che ha lasciato scorrere il termine stabilito per la formazione dell'esame, può nell'udienza fissata per ascoltarsi i testimoni dell'attore, dimandare una proroga di termine per fare la contro-prova. —(*Brusselles* 16 *gennaio* 1813, *Sirey, tom.* 15, *pag.* 240).

(2) Vale lo stesso allorchè questa dimanda ha per oggetto una contro-prova, come abbiam detto nella nota precedente.

degli esami; basta soltanto in essa far menzione del nome de' testimoni, e del risultato delle loro deposizioni (1).

C. di P. art. 39, 40, 262, e seg. 269, 430.

CCCXXXVII. L'oratore del Governo diceva su questo articolo, che gli esami nelle materie sommarie debbono farsi colla stessa semplicità di quelli che si farebbero dinanzi a' giudici di pace, di modo che fa d' uopo aggiungere all' art. 409 le disposizioni dell' art. 40 † 144.

1484. *Deve farsi menzione del risultato di ciascuna deposizione? Non si potrebbe piuttosto limitarsi a menzionar il risultato di tutte quelle che compongono l' esame?*

Tale si è la nostra opinione, poggiata su i motivi addotti nel risolvere la quistione 171, tom. 1. pag. 133.

ART. 411 † 504. *Se il giudizio è appellabile, deve farsi processo verbale, il quale deve contenere il giuramento de' testimoni, la loro dichiarazione se sono parenti o affini, domestici o altrimenti addetti al servizio delle parti, l' eccezioni che fossero allegate contro di essi ed il risultamento delle deposizioni* (2).

C. di P. art. 36, 37, 39, 262, 269, e seg.

CCCXXXVIII. Nel caso indicato dal precedente articolo, l'esame si suppone fatto in presenza degli stessi giudici che vi hanno pronunziato, ma in quello dell' art. 411, come i giudici che debbono pronunziarvi in grado di appello non hanno ascoltati le deposizioni dei testimoni, così è necessario che si stenda processo verbale dell'esame.

1485. *Può dirsi nel caso in cui la sentenza è appellabile, che il processo verbale deve contenere il risultato delle deposizioni considerate in blocco, nello stesso modo che abbiamo detto nella nostra quistione 171, relativamente alle sentenze rendute in prima istanza?*

L' art. 410 stabilisce che nei casi in cui la sentenza non è appellabile, *basta soltanto far menzione de' nomi de' testimoni, e del risultato delle loro deposizioni.*

Da siffatte espressioni abbiam creduto poter conchiudere esser sufficiente che la sentenza in ultima istanza contenga il risultamento delle diverse deposizioni considerate nel loro complesso; tanto più che la sentenza essendo profferita da corte superiore, non sembra di grande importanza che il risultamento di ciascuna deposizione sia scritto separatamente.

Ma nel caso dell' art. 410 sembraci necessario inserire nel processo verbale il risultamento di ciascuna deposizione, val dire l'indicazione del fatto su cui il testimone depone, e delle circostanze colle quali presentasi, senza che siavi bisogno trascrivere parola per parola la dichiarazione del testimone, come praticasi negli esami ordinari.

Le ragioni decisive in sostegno di questa opinione sono; che il giudice di appello dev' essere messo al caso di esaminare se la legge sia stata applicata nel modo che esigevano i fatti su di cui avessero deposto i testimoni; che convien vietare un nuovo esame; e finalmente che l'art. 39 † 143 esige, per le giustizie di pace, che la dichiarazione di ciascun testimone sia inserita nel processo verbale, allorchè la sentenza è appellabile; or, non è presumibile che per le cause più importanti di cui conoscono i tribunali, il legislatore abbia inteso prendere minori precauzioni.

Comprendiamo che gli art. 410 e 411, avvalendosi delle stesse espressioni, *risultamento delle deposizioni*, è facile trovare una specie di contraddizione tra questa soluzione e quella data alla quistione 1484; ma le ragioni quivi allegate sembrano dover prevalere su quelle che si potrebbero desumere dal senso grammaticale delle parole de' due articoli. Tale si è pure la opinione di Pigeau, tom. 1, pag. 287, ritenuta dalla consuetudine.

ART 412 † 505. *Se i testimoni sono lontani o impediti, il tribunale può delegare o il tribunale o il giudice di pace della loro dimora per*

(1) GIURISPRUDENZA.

L' enunciazione del nome de' testimoni nella sentenza, richiesta dall'art. 410, non è una formalità sostanziale la cui inosservanza importerebbe la nullità della sentenza — (*Cassaz.* 18 *aprile* 1810, *Sirey*, tom. 10, *pag.* 243.)

(2) GIURISPRUDENZA.

Il processo verbale di cui parla l'articolo 411 † 504, è necessario sotto pena di nullità (*Rennes*, 4 *agosto* 1815) ed è obbligatorio pe' tribunali di commercio del pari che per gli altri. — (*La stessa corte*, 27 *settembre* 1817).

sentirli ; in questo caso l' esame de' testimoni deve scriversi e farsene processo verbale.

C. di P., art. 266, 1035.

CCCXXXXIX L' art. 412 è applicabile egualmente al caso in cui la sentenza sia o pur no appellabile. Le ragioni che han fatto richiedere il processo verbale sono le stesse addotte per l' articolo precedente ; però questo processo verbale è più circostanziato; non basta compilare il risultamento delle deposizioni, ma è necessario enunciarle nel loro insieme e seguire le medesime regole stabilite per gli esami ordinari , segnatamente quelle degli art. 257 e 258 † 352 e 353.

1486. *Allorchè un tribunale è delegato da un altro per raccogliere la prova, dovrà forse procedervi all' udienza , o delegare uno de' suoi membri per ricevere le deposizioni de' testimoni ?*

Se l' art. 407 stabilisce che nelle materie sommarie i testimoni saranno ascoltati all'udienza , ciò avviene per mettere ciascun de' giudici a portata di pronunziare sul momento dietro le deposizioni de' testimoni. Ma siffatto motivo non sussiste, allorchè un tribunale straniero vien incaricato della compilazione dell'esame; per lo che noi avvisiamo che questo tribunale deve delegare , a tal riguardo , uno de' suoi membri, il quale vi proceda come se la causa non fosse sommaria. D' altronde tale si è lo spirito dell' art. 412 † 505 il quale richiede che l'esame venga compilato in iscritto; d' onde conseguita che in questo caso bisogna uniformarsi alle disposizioni del titolo degli esami ordinari —(*Ved. le quistioni di Lepage , pag.* 269 *e* 270; *Pigeau, tom.* 1, *pag.* 286).

ART. 413 † 506. *Negli esami sommari si osservono le disposizioni del titolo* XII *degli esami de' testimoni , relative alle seguenti formalità , cioè :*

Alla copia da passarsi a' testimoni della dispositiva della sentenza in forza della quale sono citati ; alla copia del nome de' testimoni da passarsi alla parte ;

Alla multa ed alle pene contro ai testimoni che mancano di comparire ;

Alla proibizione di esaminare il rispettivo conjuge delle parti , ed i loro parenti ed affini in linea retta ;

All' eccezioni di ripulsa che si fanno contro a' testimoni della parte presente ; al modo di giudicare ; alle interpellazioni che è permesso di fare ai testimoni ; ed alla tassa in loro favore ;

Al numero de' testimoni i di cui viaggi si ammettono in tassa ;

E finalmente alla facoltà di sentire persone che non abbiano compiti i quindici anni (1).

Ordin. tit. 17, art. 13. C. di P. art. 260 , 287.

(1) GIURISPRUDENZA.

1. L' art. 257 † 352 il quale, per far decorrere i termini per l' esame testimoniale nelle materie ordinarie , esige una notificazione di sentenza , non si applica nelle materie sommarie ; rispetto a queste , i termini decorrono dalla sentenza, anche indipendentemente da qualunque notificazione.

Non si può ottenere proroga del termine stabilito per fare un esame , se la proroga non è dimandata prima di spirare il termine. Or il termine spira nel giorno stabilito per ascoltare i testimoni. — (*Parigi,* 10 *giugno* 1812; *Sirey tom.* 13, *pag.* 18, *e Torino* 18 *novembre* 1807, *Sirey , tom.* 7, *supp. , pag.* 715 ; *vedi sopra nota* 1 , *pag.* 129, *e le quistioni* 1483 e 1484).

2. Dalla disposizioni degli articoli 413 † 508 , 432 † T. combinate insieme risulta che la notificaziona alla parte de' nomi de'testimoni deve farsi sotto pena di nullità nelle materie sommarie del pari che nelle ordinarie , secondo le forme, e nei termini prescritti dall' art. 261 † 356.

Ma se la notificazione non è stata fatta tre giorni prima dell' esame , il giudice non può più ammettere nell' udienza stabilita la dimanda di proroga del termine , per arrestare il dritto acquistato dalla parte con questa ritardata notificazione. — (*Treveri,* 6 *giugno* 1812 ; *Giurisprudenza del codice civile , tom.* 20, *pag.* 311.)

3. Negli esami in materie sommarie , specialmente in quelli ordinati da' tribunali di commercio , è interamente lasciato all'arbitrio del giudice il fissare un termine per cominciare e per compiere l' esame. Le disposizioni del codice sui termine dell' esame in materia ordinaria non sono applicabili ad essi — (*Cassaz.* 9. *marzo* 1819 ; *Sirey, tom.* 19. *pag.* 301).

[L' art. 384 , il quale ordina che il testimone ripulsato sarà inteso nella sua deposizione non è applicabile alle materie sommarie, in cui il tribunale raccogliendo direttamente la prova, può esso stesso apprezzare il fondamento della ripulsa. (*Brusselles* , 15 *aprile* 1816, *Giurispr. della Corte di Brusselles, anno* 1816, *vol.* 2, *pag.* 155.)]

TITOLO XXV.

Della procedura innanzi ai tribunali di commercio (1).

« Le cause commerciali, dice Montesquieu, » *sono molto poco capaci di formalità* ; sono » azioni giornaliere alle quali ogni giorno so» pravvengono altre della stessa natura, e » per cui fa mestiere che possano in ogni » giorno esser decise. »

Epperò, da tal principio partendo, il legislatore ha tracciato pei tribunali di commercio una procedura essenzialmente sommaria, il cui scopo è di accelerare la istruzione per mezzo di formalità così semplici quanto l' oggetto delle controversie cui esse vanno applicate, e così rapide siccome richiedesi trattandosi di azioni che si rinnovano e si avvicendano da un momento all' altro, e il di cui effetto spesso sarebbe nullo se ne fosse ritardato il procedimento.

Conciliare adunque una pronta decisione con i termini sufficienti per la comparsa delle parti e la istruzione della causa, ecco tuttociò ch'esigeva l'interesse del commercio, e ciò che costituisce il principio fondamentale di tutte le disposizioni del titolo 25. Fa piacere, diceva a tal proposito il tribuno Perrin, che le convenzioni commerciali, quasi tutte circoscritte in regole semplici, facili a conoscersi, e che tutte presuppongono la buona fede che debb' esserne la base, presentano per il loro esame una facilità la quale è in armonia col bisogno, quasi sempre sentito, di una pronta decisione.

La procedura innanzi ai tribunali di commercio si compone parte di regole prescritte per le materie sommarie (art. 432 ✝ 639 leg. di com.) e parte di regole ad essa peculiari.

È dessa una procedura particolare, e fa duopo per conseguenza applicarle tuttocciò che dicemmo relativamente alla procedura del pari particolare delle giustizie di pace, (*ved. supra*, tit. 1) e a quelle delle materie sommarie.

Ma bisogna riflettere che le disposizioni del presente titolo non sono le sole a seguirsi relativamente al modo di procedere nelle cause commerciali; tali disposizioni stabiliscono soltanto il procedimento ordinario, il quale ha per oggetto la dimanda introduttiva del giudizio, la istruzione e la sentenza; nel mentre il Codice di commercio, *per taluni casi*, contiene regole particolari che costituiscono tante procedure straordinarie.

Le quali risguardano :

1. Il modo di tenere i libri (*Codice di commercio art.* 11. *a* 17 *inclusivamente* ✝ 18 *a* 23. *leg. di comm.*)

2. La maniera di provare e di render pubbliche le società di commercio (*art.* 39 *e seg.* ✝ 32 *e seg. leg. di comm.*), e la separazione de' beni (*art.* 65 *a* 70 ✝ 688, 689, 12 13 *e* 14 *leg. di comm. ; vedi qui appresso il tit.* 8 *del* 1. *libro , part.* 2 *del cod. di proc.*)

3. La ricevuta degli oggetti trasportati da un vetturale (*art.* 106 *a* 108 ✝ 105 *a* 107)

4. I protesti delle lettere di cambio e dei biglietti ad ordine (*art.* 168, 173 *a* 176 ✝ 167, 172 *a* 175, *e l' art.* 187 ✝ 187 *delle leggi di comm.*)

Il sequestro e la vendita dei bastimenti (*art.* 197 *a* 215 *inclusivamente* ✝ 690 *a* 707, *e le nostre quistioni sugli art.* 442 *a* 620 *leg. di com.*)

6. Talune obbligazioni da adempiersi dai capitani di bastimenti, sia allorchè abbandonano la nave durante il viaggio (242 *e seg.* ✝ 230 *e seg.*) sia allorchè vi è luogo al getto ed alla contribuzione (*cod. di comm. art.* 411 *e seg.* ✝ 403 *e seg. delle leg. di comm.*)

(1) Vedi l' edizione del 1553, l' ordinanza del 1667, tit. 16, e del 1673 pel commercio di terra; l' ordinanza del 1681 pel commercio di mare, ed il codice di commercio lib. 4; Vedi inoltre le diverse quistioni relative ai tribunali di commercio che non si riferiscono direttamente ad alcun articolo del presente titolo. Vedi le nostre quistioni 1365 e 1411. Vedi appresso i titoli dell' appello, dell'opposizione di terzo, del ricorso civile, de' rendimenti di conto, dell' arresto personale, de' giudizi in via di sommaria esposizione, dell'autorizzazione della donna maritata, della separazione di beni, della cessione de' beni, ed in fine del compromesso.

Fa duopo osservare che le disposizioni del tit. 25 esigono necessariamente la disamina di una quantità di quistioni di competenza. Pertanto, sebbene abbiamo trattato dell' organizzazione e della competenza de' tribunali in un opera separata, abbiamo dovuto conservare in questa, per quanto risguarda quelli di commercio, tutte le quistioni già risolute nella nostra *Analisi* e nel nostro *Trattato e Quistioni* : le altre si troveranno nel titolo 4, lib. 2, della nostra nuova opera intitolata: *Delle leggi di organizzazione e di competenza in materia civile*, *lib.* 3, *tit.* 4, § 2.

7. E finalmente il modo di provare, d'istruire e giudicare i fallimenti e le *bancarotte* (*ved. il lib.* 3. *del Codice di commercio*, *e le nostre quistioni sul tit.* 12, *lib.* 1. *della parte* 2. *del codice di procedura*, sul beneficio della concessione.)

Noi non dobbiamo qui considerare che le disposizioni di quest' ultimo codice sulla procedura ordinaria (1).

Esse hanno particolarmente per oggetto.

1. La dimanda; 2. la comparsa; 3. le eccezioni; 4. gl' incidenti; 5. i mezzi d'istruzione; 6. la sentenza in generale; 7. la contumacia; 8. l' esecuzione provvisionale.

Del resto giova rimarcare sull' insieme di questo titolo, 1. che le regole e le formalità in esso stabilite regolano benanche le Corti di appello giudicando le materie commerciali; esse sono speciali per queste materie nei due gradi di giurisdizione; (*Nimes*, 9 *agosto* 1819, *Sirey*, *tom.* 20, *pag.* 262); 2. che questo stesso titolo si riferisce al dritto commerciale, per tutte le disposizioni da esso non modificate, e che si conciliano con la istituzione dei tribunali di commercio. (*Locrè tom.* 2. *pag.* 170.)

ART. 414 † 627. Leg. di com. ***Le procedure davanti ai tribunali di commercio si fanno senza ministero di patrocinatore.***

Ordin. del 1668, tit. 12, art. 2; del 1673, lo stesso titolo, art. 11. — C. di C. art. 127, 142 e seg.

CCCXL. Se la procedura innanzi ai tribunali di commercio si fa senza ministero di patrocinatore, nulladimeno dalla discussione nel consiglio di stato, tanto sul codice di commercio (*vedi lo spirito del Codice di comm.*, *tom.* 9, *pag.* 178 *e seg.*), quanto sul codice di procedura (*Spirito del cod. di proc.*, *tom.* 2, *pag.* 102 *e* 107), risulta che i tribunali di commercio hanno benanche la facoltà di chiamare fra loro delle persone aggregate, val' dire delle persone di legge da essi approvate per aringare abitualmente alla loro presenza. Ma, a differenza dei patrocinatori, questi agenti non hanno alcun carattere pubblico, ed il loro ministero non è forzoso (2).

1487. *Bisogna costituir patrocinatore in un tribunale di prima istanza che adempie le funzioni di tribunal di commercio ?*

Lepage, nelle sue quistioni, pag. 277, Coffinieres, nel Giornale dei patrocinatori, tom. 3, pag. 119, sostengono formalmente l' affermativa. Che anzi uno di essi giunge fino ad asserire che l'opinione contraria non potrebbe sostenersi.

Comunque sia, noi abbiam già combattuta questa opinione nel Giornale delle decisioni della Corte di Rennes, tom. 1, pag. 122, alle note, ed ecco ciò che osservammo a tal proposito, e che persistiamo a ritener come certo:

Il tribunal civile erigesi in tribunal di commercio ogni qual volta deve conoscere di una causa commerciale; la quale s' istruisce e si decide, come se fosse stata istruita e decisa innanzi ad un tribunal di commercio ordinario. Laonde le parti debbono comparire personalmente o col ministero non già di un patrocinatore, ma di un procuratore speciale, il quale può essere è vero un patrocinatore, ma che in questo agirebbe come qualunque altro mandatario. — (*Vedi il Codice di proced.* art. 421.).

Il Codice di commercio lungi di contrariare siffatta opinione, la giustifica pienamente, poichè dopo aver detto, nell' art. 640, che in quel luogo dove non ci è tribunale di commercio, i giudici del tribunal civile ne eserciteranno le funzioni, e conosceranno delle materie attribuite al primo, il legislatore procura di aggiungere, nell'articolo seguente, che *la istruzione avrà luogo nella stessa forma come innanzi ai tribunali di commercio.*

Or qual' è questa forma ? Lo stesso codice dispone (*art.* 642) esser quella la quale era già regolata dal titolo 25 del codice di procedura civile. Ma questo titolo comincia con un' articolo riportato d' altronde nell' art. 727 del codice di commercio, così concepito.

La procedura innanzi a' tribunali di commercio si fa senza il ministero dei patrocinatori.

(1) Vedi su tutti questi oggetti il corso del dritto commerciale di Pardessus ed il Trattato della procedura e delle formalità de' tribunali di commercio di Boucher; e su quello che riguarda il sequestro e la vendita delle navi, le obbligazioni de' marinari ec. il Corso del dritto commerciale marittimo del nostro dotto concittadino Boulay-Paty.

(2) Sull' art. 421 † 627 ci faremo ad esaminare se siavi bisogno di mandato speciale, e se possano obbligarsi le parti colle loro confessioni e col loro consensi.

Che cosa importa che l'art. 648 + 658 dica che gli appelli s'istruiranno e si decideranno, come in materia sommaria? Non vi è nulla a conchiudere da questa disposizione, poichè gli appelli dalle sentenze pronunziate da'tribunali di commercio, propriamente detti, si decidono alla stessa foggia, ed intanto questi tribunali non ammettono il ministero dei patrocinatori.

Del resto noi ci appigliamo al confronto che abbiam fatto dei diversi articoli del codice di commercio, essendo ciò, secondo il nostro avviso, sufficiente ad eliminare la opinione dei due succitati scrittori (1).

1488. *Dal perchè nelle cause commerciali il ministero de' patrocinatori non è affatto richiesto, e sono d' altronde per loro natura cause sommarie* (vedi supra pag. 132), *ne siegue forse che non si possa ordinarenè una istruzione per iscritto, nè un rapporto verbale?*

Non può ordinarsi la istruzione per iscritto, dice Locrè, tom. 2, pag. 101 e 102; ma non così del rapporto verbale autorizzato dagli art. 93 e 94 +188 e 189.

Pertanto dicemmo *supra*, n.448, che le cause sommarie non potevano decidersi sulla relazione del giudice, secondo l'art. 405 +498, il quale prescrive che sieno decise all'udienza, dopo scaduti i termini della citazione, senza bisogno di altre procedure o formalità. Ma si osserverà che le materie *sommarie* sono talmente semplici pel loro oggetto, che sarebbe difficile preveder dei casi in cui fosse necessario un rapporto, mentrecchè le cause commerciali possono soventi volte presentare una complicazione di fatti i quali rendono indispensabile una istruzione per iscritto. Del resto il tit. 25 non contiene alcuna disposizione da cui possa dedursi, come facemmo da quella dell'art. 405 +498 che sia vietato porre la causa a rapporto.

Art. 415 + 620 Leg. di com. *Qualunque istanza s' introduce con semplice atto di citazione, conformemente è prescritto nel titolo delle citazioni.*

Tit. 29 — C. di P. art. 61, 58, 99, §. 6, 7 e 8; tom. 1, pag. 74, not. 8. pag. 75, not. 2 e 3, pag. 112, art. 1, e 2.

CCCXLI. L'unica osservazione a farsi sullo insieme di questa disposizione si è che bisogna sottrarre dalle formalità prescritte dall'art. 61, quella che esige la costituzione di patrocinatore, senza necessità d' introdurre l'azione collo sperimento di conciliazione, anche nel caso in cui i tribunali civili esercitino le funzioni de' tribunali di commercio.

1489. *Quali regole debbono serbarsi nel caso che il convenuto abiti fuori il continente francese?*

Quelle prescritte dagli art. 73 e 74, non potendosi dubitare, dice Locrè, tom. 2, pag. 115, che i detti articoli applicansi benanche alle cause commerciali. D' altronde non bisogna perdere di vista la regola generale, riportata a pag. 122, not. 1, e pag. 133, che in un procedimento di eccezione, come quello dei tribunali di commercio, reputasi essersi la legge riportata al dritto comune, ogni qualvolta non vi abbia formalmente derogato, e che d'altronde le regole generali sieno *compatibili colla natura e coll' oggetto della procedura particolare.*

1490. *Ma da siffatta soluzione risulterà forse che l' atto di citazione o di appello non possa, in Francia, validamente notificarsi ad uno straniero, alla persona o al domicilio del suo procuratore speciale?*

Argomentando dall'art. 69, §. 9, e secondo il testo degli art. 73 e 74, bisogna spedire l'atto di citazione nel domicilio del procurator generale, coll' aumento del termine stabilito dai detti articoli; ma la corte Reale di Rennes, con decisione dei 13 marzo 1818, 2. camera, considerò che particolarmente in materia di commercio un negoziante, in forza di una semplice lettera, è rappresentato dal suo corrispondente, per tuttocciò ch' è relativo all' oggetto

(1) Noi aggiungeremo che questa opinione è stata implicitamente prescritta da decisione della corte di Rennes del 3 maggio 1810 (*vedi il giornale di questa corte*, *tom.* 1, *pag.* 121), nella quale fu risoluto che i termini accordati da' tribunali di commercio decorrono dal giorno in cui sono pronunziate le loro sentenze, pel motivo che il legislatore *non avendo stabiliti patrocinatori* presso di essi, ha fatto chiaramente conoscere di non potersi esigere la osservanza delle formalità ordinarie di procedura; ed in conseguenza i primi giudici, *facendo le veci* di giudici di commercio (*era un tribunale civile*), avevano potuto dichiarare che il termine accordato da una sentenza preparatoria era decorso dal giorno della sentenza pronunziata fra le parti. Or, nel caso di una causa civile ordinaria, sarebbe evidentemente decorso dal giorno della notificazione al patrocinatore, epperò la corte di Rennes ha riconosciuto non essere il ministero de' patrocinatori ammesso ne' tribunali di commercio. — (*Vedi la quist.* 1007).

de' reclami ch' egli può aver dritto ad esercitare; che, anche nell'interesse dello straniero, le forme stabilite per i cittadini di un medesimo stato non debbono estendersi a quelli di un'altra nazione, il cui domicilio può esser incerto e situato in una grande distanza, per lo che richiederebbesi, ad oggetto di disbrigar affari che procedono sempre celeremente, dei termini incompatibili colla natura di cotesti affari. Laonde la detta Corte decise essersi un' atto di appello validamente notificato ad uno straniero, nel domicilio del procuratore che l' avea rappresentato in prima istanza, nei termini stabiliti per tale domicilio. Ed in vero noi crediamo che la celerità con che debbonsi spedire le cause commerciali giustifichi questa decisione, la quale per altro anderebbe soggetta a gravi difficoltà, qualora si trattasse di cause ordinarie. — (*Vedi supra, n.* 371).

Art. 416 † 621 leg. di comm. *Il termine della citazione dev' essere almeno di un giorno.*

CCCXLII. Da questo articolo rilevasi, che la legge in materia commerciale non istabilisce affatto il termine della citazione, avendo considerato che il detto termine dipendeva dalle circostanze e dalla natura delle cause più o meno urgenti, e che richiedevano celerità. Epperò esso può essere più lungo di un giorno, ma non già più breve.

1491. *Come calcolasi il termine, nel caso in cui si fa la citazione nel domicilio eletto?*

Esso va calcolato secondo la distanza del luogo ove risiede il tribunale da quella del detto domicilio, siccome dicemmo al n. 328; ma, osserva Pardessus, tom. 5, pag. 51, questo favore non è accordato al convenuto, se non quando trattasi di convenzioni commerciali ordinarie, e non già di lettere di cambio o di altri effetti negoziabili; ed è evidente il motivo della differenza. Nel primo caso la convenzione accade fra due persone che si conoscevano e che non ignorano, malgrado la elezione del domicilio che esse han fatto, la loro residenza reale; nel secondo, i terzi portatori per lo più ignorano siffatto domicilio, conoscendo soltanto per così dire il luogo indicato.

1492. *È forse libero il termine di un giorno?*

Tal' è la opinione di tutti gli scrittori, ad eccezione di Legras, nelle sue note sulla forma di procedere dei tribunali di commercio, pag. 17. Noi pure crediamo che il giorno sia libero, essendo le disposizioni dell'art. 1033 † 1109 generali (1).

Art. 417 † 622 leg. di com. *Ne' casi che ricercano pronta spedizione il presidente può permettere che si citi anche un giorno per l' altro, ed anche un ora per l'altra, e può assicurare gli effetti mobiliari; può anche secondo l'urgenza de' casi ingiungere all' attore di prestar cauzione o di giustificare sufficientemente la sua solvibilità. Le sue ordinanze sono esecutive non ostante opposizione od appello* (2).

Ordinanza del 1667, tit. 14, art. 14.

CCCXLIII. Anticamente, senza autorizzazione del giudice, potevasi citare la vigilia pel giorno appresso, e quasi sempre di questa facoltà facevasi un' abuso tale da dar luogo al differimento della causa, allorchè il convenuto provava non esservi stata urgenza, ovvero non gli si accordava il tempo necessario per preparare e presentare i suoi mezzi di difesa. Il legislatore ha saggiamente conciliato gl' interessi di entrambe le parti, lasciando al presidente del tribunale la libertà di abbreviare il termine generale stabilito dall'articolo in esame. A tal proposito presentasi a lui, o al giudice che ne fa le veci, una istanza, sulla quale egli v' interpone una ordinanza provvisionalmente esecutiva. Nello stesso modo bisogna ricorrere per ottenere il permesso di sequestrare gli effetti mobili, ad oggetto di conservare, durante il litigio, la sicurezza delle rondanne per le quali intendesi agire, e che, senza sif-

(1) Del resto gli art. 417 e 418 † 622 e 623 *delle leggi di commercio* prevengono ogni inconveniente, permettendo che si faccia la citazione un ora per l' altra, un giorno per l' altro, con ordinanza del presidente o senza, secondo le circostanze e la natura della causa. In tutt' i casi si deve aumentare il termine in ragione della distanza, a norma dell'art. 1033 † 1109 e salva la distinzione stabilita sulla quistione 1494. — (*Vedi Delaporte pag.* 883; *il commentario inserito negli Annali del notariato, tom.* 2, *pag.* 498, *ed Hautefeuille, pag.* 229).

(2) GIURISPRUDENZA.

Le ordinanze di cui parla l'art. 417 † 622 *delle leg. di commercio* non possono essere impugnate per via di appello, allorchè son rese in contumacia: in questo caso può soltanto farsi uso del mezzo dell' opposizione. — (*Brusselles*, 17 *marzo* 1812; *Sirey, tom.* 14, *pag.* 369).

fatta precauzione, potrebbe sfuggire dalle mani dell'attore.

1493. *Si può, senza il permesso del presidente, citare a comparire da giorno a giorno o da ora ad ora, salvo a provare la urgenza nel discutere la causa?*

Legras sembra decidere affermativamente la proposta quistione, pag. 19; fondandosi sul motivo che l'art. 418 derogava all'art. 417, relativamente alle materie urgenti e provvisionali.

Demiau Crouzilhac, pag. 304 fa una distinzione: egli ammette la opinione di Legras pei casi provvisori in cui trattasi di ordinare una misura conservatoria, o di precauzione; ma la rigetta per quei casi, i quali, sebbene urgenti, non fossero *provvisori* ed esigessero una sentenza di condanna definitiva.

Noi però, contro il sentimento dei citati autori, crediamo che l'art. 418 non fa alcuna eccezione all'art. 417, relativamente *alle cause marittime urgenti* e provvisionali, e per conseguenza in ogni altro caso bisogna rigorosamente uniformarsi a quest'ultimo articolo; il che cercheremo dimostrare quando parleremo dell'art. 418. Dobbiamo ora soltanto osservare che gli esempi addotti da Demian Crouzilhac, relativamente al caso in cui potrebbesi senza permesso del giudice citare a comparire, son quelli nei quali trattasi di ordinare una verificazione da farsi prontamente di certe mercanzie che han sofferto avaria, di una balla o di una cassa sommersa, di una mercanzia cangiata o non atta a riceversi. Ma questi casi sono stati previsti dall'art. 106 † 108 del codice di commercio, il quale ordina che lo stato delle cose sarà verificato e contestato da periti nominati dal presidente, o, in sua mancanza, da un giudice di pace, e con ordinanza rilasciata in piè di una istanza. Or questa istanza non ha bisogno di essere notificata; nè richiedesi che la ordinanza venga pronunziata in contraddittorio: epperò non vi ha luogo ad applicare l'art. 418, il quale conseguentemente non viene a derogare, rispetto a questi casi, all'art. 417, supponendo che facesse eccezione per cause diverse da quelle *marittime*, *urgenti e provvisorie*.

1494. *Allorchè la citazione è fatta a breve termine, nei casi previsti dall'art.* 417, *devesi nulladimeno accordare l'aumento in ragione delle distanze?*

Noi avvisiamo con Lepage, pag. 276, doversi accordare l'aumento nei casi soltanto in cui la citazione fosse fatta nel domicilio della parte, e non già quando fosse consegnata alla persona trovata sul luogo. Ed appunto, avuto riguardo a questo caso particolare, fu prescritta la disposizione dell'art. 417, la quale sarebbe illusoria ove la opinione di Lepage fusse rigettata.

Del resto, tale opinione di Lepage è uniforme a quanto dice Regnes nella sua giurisprudenza consulare, tom. 1, pag. 44, n. 4 (1).

1495. *Il presidente può autorizzare un sequestro presso terzo?*

L'art. 417 sembra parlar soltanto del sequestro di effetti mobiliari esistenti presso un debitore che vuolsi citare a breve termine innanzi al tribunal di commercio; ma non crediamo che tale disposizione debbe estendersi benanche ad un sequestro presso terzo, secondo lo spirito della legge, ch'è quello di assicurare i dritti del creditore; per lo che la corte di Torino, con decisione dei 17 gen. 1810, stabilì che trattandosi di un credito commerciale, i tribunali di commercio, competenti essi soli per giudicare della legitimità del credito, lo sono benanche per autorizzare il creditore, il quale non ha alcun titolo esecutivo, a sequestrare presso un terzo la somma dovuta al suo debitore (2).

1496. *Quando il presidente del tribunal di commercio, o lo stesso tribunale, abbia autorizzato un sequestro presso un terzo, la dimanda per la convalidazione o per lo scioglimento può essere giudicata dal detto tribunale?*

Jousse sembra risolvere affermativamente la presente quistione nell'aggiunzione al titolo della competenza de' giudici-consoli (*Tit.* 12 *dell' ordinanza del* 1673). Egli dice: « ri-

(1) Tal'è pure il parere di Pardessus nel suo corso di dritto commerciale, tom. 5, pag. 52. Esso ammette l'aumento, sol quando la citazione non fosse stata fatta alla persona del convenuto, o ch' ei fosse stato trovato in un luogo diverso da quello in cui risiede il tribunale.

(2) È vero che nella specie di questa decisione il sequestro era stato ordinato dall' intiero tribunale, e non dal solo presidente; ma con questa decisione, la corte di Torino dichiara unicamente che nella specie, il tribunale di commercio dovea considerarsi, come sostituito al giudice indicato nell'art. 559 † 649 del cod. di proc. civ. Or noi faremo conoscere sul detto articolo, che questo giudice è il presidente del tribunale civile.

spetto alle controversie che possono insorgere tra il sequestrante ed il debitore sequestrato, in occasione di sequestri fatti in forza delle sentenze consolari, i giudici-consoli possono conoscere, sia che il sequestro si fosse fatto presso lo stesso debitore, sia che abbia avuto luogo *fra le mani di un terzo* ».

Epperò parci inoppugnabile che la dimanda per la convalidazione per lo scioglimento di un sequestro, trovasi compresa fra le contestazioni di cui parla Jousse.

D'altronde, nel Giorn. del foro, 2. semestre, anno II, n. 161, pag. 252, leggesi una decisione della corte di Parigi la quale stabilisce che un tribunal di commercio può pronunziare su di una dimanda di rimozione di opposizione, accessoria ad una causa di sua competenza, ed agitata fra le parti commercianti.

Ma Merlin considera siffatta giurisprudenza come abrogata dagli art. 442 e 553 (1). — (*Vedi il nuovo Repert. alla parola* consoli dei mercanti, *tom.* 3, *pag.* 24.)

1497. *Le parole dell' art.* 417, GIUSTIFICARE LA PROPRIA IDONEITA', *esprimono forse che la parte la quale è autorizzata a sequestrare deve* SEMPRE *somministrare le prove della sua idoneità?*

Stando rigorosamente ai termini dell'articolo, sarebbesi inclinato e credere che il sequestrante debba offrir le prove della sua idoneità, sia consegnando un notamento dei suoi beni, sia presentando l' inventario che si trovasse di aver fatto in esecuzione dell' art. 9 del codice di Commercio; ma pare che le espressioni che costituiscono l' oggetto della nostra quistione debbono interpetrarsi da ciò che praticavasi prima della pubblicazione del codice di procedura, allorchè non esigevasi altra prova della idoneità di un negoziante che la notorietà della sua riputazione. (*Vedi Bornier, sull' art.* 3 *del tit.* 28 *dell' ordinanza del* 1667, *ed Emérigon, Trattato delle assicurazioni, tom.* 2, *pag.* 346.)

La idoneità adunque debbe considerarsi come sufficientemente *giustificata*, allorchè è conosciuto che il sequestrante ha sempre fatto bene i suoi affari, che non ha mai sofferto alcun protesto, e che le sue firme son riconosciute in piazza e si negoziano senza difficoltà. — (*Vedi Boucher, pag.* 23.)

1498. *L'art.* 417 *concedendo soltanto al presidente del tribunal di commercio la facoltà di abbreviare il termine per la citazione o per il sequestro, questo magistrato, in caso d' impedimento, può essere rimpiazzato da qualunque altro giudice?*

Noi crediamo doversi considerare, come regola generale, che il più antico giudice supplisca il presidente impedito, e questa regola debbe osservarsi nei tribunali di commercio, siccome osservasi in tutti gli altri tribunali. — (*Vedi d' altronde gli art.* 807 *e* 812 † 890 *e* 894 *del Cod. di procedura, e Boucher. pag.* 73.)

ART. 418 † 625 leg. di comm. *Nelle cause marittime in cui siano interessate persone non domiciliate, e così pure in quelle in cui si tratti di attrezzi, vettovaglie, equipaggi, e riparazioni di navi pronte a far vela, carredo e di altre materie urgenti e provvisorie, può citarsi a comparire l' istesso giorno, e da un ora all' altra, senza ordine del giudice, e la contumacia può pronunziarsi immediatamente.*

Tit. 29, — Ordin. del 1681, lib. 1. tit. 2, art. 2.

CCCXLIV. La disposizione di questo articolo è ricavata dall' art. 2, lib. 1, tit. 2 dell'ordinanza della marina, e presenta una modificazione dell' articolo precedente, fondata sul motivo che le cause marittime sono di lor natura urgenti e provvisorie. Laonde, per queste materie, la citazione a comparire da giorno a giorno o da ora ad ora, può farsi senza autorizzazione del giudice, *anche ne' giorni di festa* (Valin, art. 3 della Giurisd. della marina, pag. 393), e pronunziarsi la contumacia senza attendere l' aggiudicazione de' suoi effetti.

1499. *Che cosa intendesi colle parole*, ATTREZZI, VETTOVAGLIE, EQUIPAGGI *e* RIPARAZIONI, *adoperate nell' art.* 418?

La parola *attrezzi* adoperasi per indicare il cordame, le puleggie, ed altri arredi di una nave. Intendesi per *vettovaglie* i viveri, le provigioni da bocca necessarie all' uso di coloro che sono nel bastimento; per *equipaggi* tutto ciò ch'è necessario per allestirlo ed armarlo; e finalmente *le riparazioni* sono i lavori fatti per accomodarne l' ossatura e lo scafo, impiegandovi tavole, lamine di piombo, stop-

(1) Perciò la corte di Rennes decise nel 14 dicembre 1810 (*vedi il Giornale di detta corte, tom.* 1, *pag.* 505), che il tribunale di commercio non è competente a conoscere di una dimanda per la validità di un sequestro presso terzo. (*Vedi Demiau Crouzilhac, pag.* 318.) Tal'è pure l'opinione di Pardessus, tom. 5, pag. 22 e 23.

pe e tuttocciò che può impedire alla nave di far acqua.

1500 *Le parole dello stesso articolo* 418 *ed altre materie urgenti e provvisorie, applicansi forse anche alle cause di commercio di terra o soltanto alle cause marittime?*

Si è veduto, sulla quistione 1499, che Legras avvisa applicarsi siffatte espressioni indistintamente a qualunque causa commerciale; che Demiau Crouzilhac, per taluni casi da lui indicati, è dello stesso avviso; che finalmente questi due scrittori considerano che l'art. 418, sotto questo rapporto, modifica l'art. 417, il quale prescrive che generalmente non si possano abbreviare i termini senza l' autorizzazione del presidente; e tale è la opinione di Pardessus, perciocchè dopo di aver riportato, tom 5, pag. 53, il testo dell' art. 418, esprimesi nel seguente modo: « Vale lo stesso allorchè una causa, quantunque non marittima, sia urgente, e richiede una decisione il cui ritardo sarebbe nocivo. Può in seguito il convenuto impugnare siffatta urgenza e far differire la causa, se comparisce, o sostenere la nullità della contumacia, se non è comparso; ed allora il tribunale valuta le ragioni dell' attore. »

All'opposto noi crediamo che l'art. 418 non presenti una eccezione all' art. 417 se non pei casi di cause marittime; il che appunto sembraci risultare dal seguente passo del rapporto del tribuno Perrin. Egli, dopo aver riportato il sommario dell'art. 417, esprimesi così: « La citazione da giorno a giorno o da ora ad ora, è anche più agevolata *nelle cause marittime, che sono urgenti e provvisorie.* » Per lo che quest'oratore applica esclusivamente alle cause marittime la qualificazione di cui trattiamo; che se si volesse altrimente decidere, bisognerebbe dire che l' art. 418 ha modificato l' art. 417; che anzi bisognerebbe ammettere qualche cosa dippiù, cioè, che avrebbe reso quest'articolo incapace di esecuzione; perciocchè, quale sarebbe la differenza fra le materie urgenti di commercio di terra o di mare, per le quali vi fosse bisogno del permesso, e per quelle in cui tal permesso non fosse necessario? Non si può ritenere che un' articolo di legge abbia inteso rendere senza effetto l' articolo che immediatamente lo precede (1).

Noi ci limitiamo a queste brevi osservazioni, ma facendo rimarcare che potremmo confortarle con la opinione di molti scrittori. — (*Vedi fra gli altri, Valin, Coment. sull' ordinanza della marina, lib.* 1, *tit.* 2; *Prat. tom.* 2, *pag.* 230; *e la quist.* 1493.)

1501. *La disposizione dell' art* 418 *può essere applicata, se la nave non fosse pronta a far vela?*

In sostegno dell' affermativa potrebbe invocarsi la opinione di Valin, ma il testo dell' art. 418 sembra che non dispensi dall' autorizzazione se non nel caso in cui il vascello è pronto a partire.

1502. *Che cosa deve fare il tribunale non riconoscendo la urgenza?*

Qualora l'oggetto non sembra urgente il tribunale, allorchè si presenta la parte può, sulla di lei dimanda, rinviare la causa ad altra udienza per pronunziarvi, spirati che sieno i termini legali (*vedi Pardessus ubi supra*); ma se all'opposto la parte non si presenti, non può dichiararsi la contumacia, ed anzi noi avvisiamo ch'egli debba, in questa particolare circostanza, ordinare una novella citazione.

Art. 419 + 625 leg. di com. *È valida qualunque citazione fatta alla persona citata a bordo del bastimento.*

Ordinanza del 1665. tit. 12. art. 17 — Ordinanza della marina, lib. 1. tit. 11, art. 10.

CCXLV. L' ordinanza della marina diceva « Qualunque citazione rilasciata ai *padroni ed ai marinai nel bastimento, durante il viaggio*, sarà valida come se si fusse fatta nel domicilio » e per conseguenza la disposizione limitavasi a queste persone ed al tempo durante il quale il bastimento era in viaggio; mentre che l' art. 419 nella generalità delle

(1) Le cause marittime urgenti, di cui il nostro articolo parla soltanto in generale, e senza specificarle, sarebbero, per esempio, le dimande di esecuzione de' contratti di noleggio, sia per parte del capitano, sia contro di lui, quelle per pagamento di avarie cagionate dall' arrambaggio o altrimenti; quelle in cui si tratta di visite e di appresso de' periti; quelle pel pagamento di stipendi e salari e di nolo; quelle tendenti a far sottoscrivere polizze di carico, a far caricare o consegnare le mercanzie ec., in una parola tutte quelle ch' esigono celerità e per le quali vi sarebbe pericolo nel ritardo. — (*Vedi Valin, note sull' art. dell' ordinanza citato nel comentario.*)

sue parole comprende qualunque sorta di persone che trovasi a bordo, non supponendo affatto, per la validità della citazione, che il bastimento sia in viaggio, ben' inteso però, che colui al quale è diretta vi stia come impiegato, passaggiero, o altrimenti.

1503. *L'art.* 419 *è applicabile forse sol quando la citazione abbia per oggetto una causa della natura di quelle indicate nel precedente art.* 418?

Delaporte, tom. 1, pag. 386, e gli autori del comentario inserito negli annali sul notariato, tom. 2, pag. 499 e 500, sostengono l' affermativa. L' art. 419, essi dicono, deve riguardarsi come un' appendice al precedente, riferendosi alle materie di cui tratta quest'ultimo: per lo che non potrebbesi, a bordo di un bastimento, rilasciare una citazione ad un particolare che si trovasse sul detto bastimento, se non quando si trattasse di cause marittime.

Hautefeuille, pag. 230, limita parimenti a queste cause l'applicazione dell'art. 419. *Nella stessa specie*, egli dice (e l'autore parla di cause marittime) *la citazione*, in vece di farsi al domicilio, può farsi a bordo, alla persona citata. Tal sembra essere ancora il sentimento di Thomines nel modo in cui si esprime a pag. 181 n. 79.

Ma non potrebbesi forse opporre che qualora il legislatore avesse inteso riattaccare l'art. 419 alla specie dell' art. 418, non avrebbe detto, *ogni citazione*, espressioni le quali sembrano indicare ch' egli ha voluto comprendere ogni specie di citazione, qualunque si fusse l' oggetto e la natura della dimanda ? che per lo contrario essendosi servito di parole generali, ha voluto eliminare la restrizione ritenuta dai citati scrittori ? altrimenti, e per ligare i due articoli avrebber detto, *in questi casi, la citazione* sarà *rilasciata* ? che finalmente questo articolo fu fatto ad oggetto di prevenire le difficoltà che sovente insorgono per conoscere il domicilio attuale o originario di un marino, il quale talvolta abita e dorme nel bastimento, e non ha alcuna stabile dimora in terra? Or siffatto motivo non applicasi forse a tutt' i casi ?

Comunque sia e malgrado le differenze che trovansi fra le espressioni dell' art. 1. del tit. 11. lib. 1. dell' ordinanza della marina, e quelle dell' art. 418, noi crediamo prudente cosa seguire il sentimento degli scrittori sopracitati, sostenuto benanche da quello di Valin; e l' autorità di questo saggio comentatore, congiunta alla loro opinione, sembra maggiormente rafforzarla.

1504. *Per esser valida la citazione rilasciata a bordo è necessario che sia consegnata alla persona?*

Noi abbiam risoluto la presente quistione per l' affermativa, appigliandoci all' espressioni dell' articolo *ogni citazione rilasciata a bordo* ALLA PERSONA CITATA. Delaporte, tom. 1, pag. 386, la risolve alla stessa foggia ; ma gli autori del comentario inserito negli Annali sul notariato, tom. 2, pag. 498, oppongono a questa soluzione una obiezione veramente grave ed è la seguente. Ogni atto di citazione rilasciato, parlando personalmente all'individuo citato, è sempre validamente notificato. Quindi poco importa, per la validità della citazione, che quella che indirigesi ad un marinaio siagli notificata a bordo o in qualunque altro luogo : ed inutile riescirebbe la disposizione dell' art 419, ove si volesse intendere che la detta notificazione debba farsi alla persona; per lo che bisogna credere piuttosto che la citazione rilasciata a bordo sarà valida, come la fusse rilasciata nel domicilio, ancorchè si consegnasse la copia al capitano o ad un' altro ufficiale del bastimento.

Questa opinione ha in appoggio quella di Valin, *ubi supra*, e, come testè abbiam detto, la sua autorità è veramente imponente ; egli esprimesi così : « Per la verità, è cosa più breve, e quindi anche più ordinaria, rilasciare l' atto di citazione *parlando alla persona* ; ma ciò infine non toglie *che possa farsene la consegna validamente* nel bastimento » (*Vedi ancora Roques, tom. 1, pag.* 142).

Comunque sia, noi crediamo che l' articolo testuale del codice elimini siffatta opinione, trovando più prudente uniformarsi a quella da noi manifestata.

1505. *È necessario perchè la citazione sia valida a bordo, che la persona sia pronta a partire?*

Potrebbesi ritener l' affermativa, secondo l' espressione di Pardessus, tom. 5. pag. 49. « Se, egli dice, la persona che bisogna citare è » sul punto di partire sopra una nave pronta » a far vela, il che è agevole dimostrare col » ruolo dell'equipaggio, la citazione rilasciata » a bordo è così valida come se si fusse rilasciata al domicilio »

Noi però crediamo che la generalità delle es-

pressioni dell' articolo oppongasi a questa distinzione (*vedi il comentario all' articolo*) che tanto meno bisogna ammettere, in quanto che la disposizione del detto articolo, giusta quando abbiamo osservato sulla quist. 1503, ha benanche per oggetto di evitare le difficoltà risultanti dall' ignoranza in cui spesso può essersi sul domicilio del marino.

1506. *L' art. 419 è applicabile a' vetturali per terra e per mare?*

» I motivi di questo articolo, dice ancora » Pardessus, *ubi supra*, potrebbero estender- » si a' vetturali per terra e per mare, tal che, » secondo il detto scrittore, sarebbe valida- » mente rilasciata una citazione nel bastimento » o nell' albergo in cui alloggia il vetturale. » A nostro avviso però, non sarebbe prudenza appigliarsi assolutamente a questa opinione, atteso che trattasi quì di una eccezione alle regole generali, e la identità de' motivi non costituisce una ragione sufficiente per estendere una eccezione da un caso ad un' altro non eccettuato dalla legge.

Art. 420 † 626 leg. com. *L' attore è in facoltà di far citare o d' avanti al tribunale del domicilio del reo, o*

Innanzi quello del circondario ov' è stata esatta la promessa, o consegnata la mercanzia, o finalmente

Innanzi quello del circondario in cui dovea effettuarsi il pagamento (1).

Ordinanza del 1673, tit. 12. art. 17 e supra, tom. 1. pag. 75 not 1. quist. 258, pag. 77. not. 2. pag 275, not. 1:

CCCXLVI. Secondo questo articolo, che riproduce quasi alla lettera le disposizioni dello art. 17 del tit. 12 dell' ordinanza del 1673, non è solamente il domicilio che attribuisce la giurisdizione siccome accade nelle materie personali ordinarie. Il convenuto può anche citarsi innanzi al tribunale del luogo in cui è stata fatta la promessa e consegnata la merce, o davanti a quello nel di cui circondario dovea effettuarsi il pagamento, disposizioni uniformi, la prima, alla legge *si longius ultim ff. de judiciis*, le seconda, alle leggi 19, § 4. *ibid.* e 1. *Codice de eo quod certo loco.* Esse hanno per iscopo di favorire il commercio, offrendo all' attore il vantaggio di scegliere quello fra' tre indicati tribunali il quale, secondo l' ordine consueto delle negoziazioni commerciali, sembra poter ovviare, per quanto è possibile, agl' inconvenienti risultanti dall' obbligo d' introdurre esclusivamente la sua azione innanzi al tribunale del domicilio del convenuto. D' altronde quest' ultimo non ha dritto a dolersi di un tal favore, di cui a sua volta profitta anch' egli nelle medesime circostanze, anche perchè si è sottomesso anticipatamente alla giurisdizione dei tribunali ai quali la legge at-

(1) GIURISPRUDENZA.

1. Il commissionato il quale è rimasto estraneo alla vendita delle mercanzie, e che si è incaricato soltanto di spedirle al compratore, non può essere citato innanzi al tribunale del luogo ove dovean consegnarsi le dette mercanzie — (*Montpellier*, 22 *gennaio* 1811; *Sirey*, *tom.* 14, *pag* 364.)

2. Allorchè il proprietario cambia il luogo della destinazione primitiva delle sue mercanzie, il vetturale può dimandare il pagamento del trasporto innanzi al tribunale del luogo in cui è stato obbligato discaricarle; e ciò applicando l' ultima disposizione dell' art. 420, attesochè, nella specie, il luogo del pagamento della vettura era divenuto quello in cui era stata lasciata la mercanzia. — (*Treves* 26 *feb.* 1818; *Sirey*, *tom.* 10, *pag.* 223.)

3. Allorchè una casa di commercio ha dato ad un commesso viaggiatore la commessione di farle dirigere delle mercanzie della casa per la quale ei viaggia, la vendita si reputa fatta nel luogo in cui la commessione è data, e per conseguenza si può citare innanzi al tribunale di detto luogo. — (*Cassaz.* 14 *giugno* 1813; *Sirey*, *tom.* 18, *pag.* 353.)

4. L' art. 1651 † 1497 del codice civile, il quale dice che il compratore deve pagare nel luogo e nel tempo in cui dee farsi la tradizione, s' intende delle vendite fatte in contante: in conseguenza il prezzo delle vendite a respiro è pagabile nel domicilio del debitore, secondo l' art. 1247 † 1200, e quindi la dimanda deve intentarsi innanzi a' giudici di quel domicilio. — (*Vedi la stessa decisione.*)

5. Allorchè il possessore di una lettera di cambio non ancora scaduta dimanda al traente una cauzione provvisoria, e lo cita a tale oggetto innanzi al tribunale del suo domicilio, se il traente impugna la proprietà del possesso, e che perciò sia introdotta la istruzione su questo punto innanzi al tribunale del domicilio del traente, questo tribunale è il solo competente a pronunziare ulteriormente sull' azione di pagamento della cambiale dopo scaduta: in questo caso la pendenza delle lite fa perdere al possessore il dritto di citare il traente pel pagamento nel luogo in cui fosse convenuto doversi pagare la lettera di cambio. — (*Cassaz.*, 19 *marzo* 1812; *Sirey*, *tom.* 12, *pag.* 247.)

tribuisce la concorrenza, stipulando le transazioni commerciali da cui questa deriva.

1507. *Perchè il convenuto possa essere citato innanzi ad un giudice diverso da quello del suo domicilio, è assolutamente necessario il concorso delle due circostanze indicate nella 2. disposizione dell' art.* 420 *?*

Sotto l' impero dell' ordinanza del 1673, eransi elevate delle difficoltà sulla proposta quistione; ma l' ultimo stato della giurisprudenza riteneva l' affermativa. (*Vedi Jousse, sull' art.* 12.) Or del pari che l' ordinanza, l' art. 420 esige il concorso delle due circostanze del luogo in cui fu fatta la promessa e di quello in cui fu consegnata la merce, epperò bisogna decidere allo stesso modo, ciò che d' altronde avea già giudicato la corte di appello d' Angers con decisione de' 3 genn. 1810, (Sirey tom. 14, pag. 199), ed era stato consacrato dalla Corte di cassazione con arresto de' 20 genn. 1818. (*Vedi Sirey, tom.* 18, *pag.* 211.)

Risulta quindi dall'art. 420, 1. che non vi è negozio stipulato in una fiera che non possa essere sottomesso al giudice del luogo; 2. che è lo stesso indistintamente di tutti gli atti di commercio, fatti in un *luogo*, sia colla consegna della merce nel detto luogo, sia colla promessa di farvi un pagamento. — (*Vedi il nuovo Repert. alla parola straniero*, §. 2.)

Ma ciò non applicasi al luogo della negoziazione di una lettera di cambio. — (*Vedi l'arresto della corte di cassaz. dei* 17 *ott.* 1808, *citato sulla nostra quest.* 772, *Sirey, tom.* 9, *pag.* 28; *e Jousse, sull'art.* 17 *del tit.* 12 *dell'ordinanza.*)

1508. *La facoltà concessa, in materia commerciale, di citare un debitore nel luogo in cui dovea effettuirsi il pagamento, può estendersi alle materie civili ?*

Nò, senza dubbio (*vedi tom.* 1, *pag.* 183, *not.* 1.); che anzi l' art. 420, particolare per le cause di commercio, deve strettamente esser limitato alle controversie relative a mercanzie. Per esempio, dice Pardessus, tom 5, pag. 29, da siffatte disposizioni non bisogna conchiudere che il commerciante il quale tenga un conto aperto con un altro, abbia dritto a citarlo innanzi al tribunale del suo proprio domicilio, sotto pretesto che quivi appunto egli ha somministrato il valsente che lo stabilisce creditore. Allorchè i commercianti tengono fra loro conto aperto, tranne il caso di convenzioni o di circostanze particolari, il pagamento del saldo debbe farsi, come quello di qualunque altra specie di credito, nel domicilio del debitore, e per conseguenza innanzi al tribunale di detto domicilio bisogna intentare tutte le azioni.

1509. *Allorchè un negoziante ha convenuto riceversi delle cambiali in pagamento della mercanzia venduta, può forse il tribunale del luogo in cui si effettuì la consegna delle dette cambiali, conoscere delle controversie che insorgono a causa del contratto, anche quando gli effetti debbono consegnarsi nella giurisdizione di un' altro tribunale ?*

La Corte di appello di Treves, con decisione de' 14 marzo 1810, si pronunziò per l'affermativa. (*Sirey, tom.* 12, *pag.* 377.) Essa considerò esser ben diversi i pagamenti che si fanno in effetti commerciabili, da quelli che stipulanzi in denaro; che quelli fanno le veci di questo; che possono essere negozianti ed impiegati a fare altri pagamenti subito dopo la loro formazione; che anche quando sieno pagabili in altro luogo, la mercanzia in pagamento della quale sono dati, reputasi nulladimeno pagata colla stessa consegna degli effetti; per lo che il luogo dove fassi tale consegna è il vero luogo del pagamento: donde siegue, secondo l'ultima disposizione dell'art. 420, che il tribunale del detto luogo è competente per conoscere delle controversie nate dal contratto stipulato fra le parti.

Però dobbiam ora far conoscere una decisione della corte di cassazione del 28 gennajo 1811 (*Denevers*, 1811, *pag.* 89), la quale sembraci in opposizione con quella già riportata. Ed invero cotesta decisione della corte di cassazione stabilì che una dimanda il cui oggetto si ricongiunge alla esecuzione di una vendita di mercanzie, può essere formata innanzi ai giudici del luogo in cui le lettere di cambio date o accettate in pagamento erano pagabili, anche quando fossero state date o accettate in altro luogo.

Opponevansi, nella specie, motivi analoghi a quelli che servono di base alla citata decisione della corte di Torino; cioè, che rispetto alle accettazioni, il contratto di vendita era perfezionato; e che tutti gli obblighi risultanti da siffatto contratto erano estinti. Che se, dicevano i venditori, noi restiamo ancora creditori del compratore dopo le accettazioni delle lettere, ciò non accade in qualità di *vendi-*

tori, ma solamente come possessori di tali accettazioni, tal che in mancanza di pagamento alla scadenza, l'azione che noi avremmo potuto esercitare per farci pagare, non sarebbe stata preceduta dal contratto di vendita, ma dal contratto di cambio: sarebbevi adunque perfetta novazione, poichè non esisteva più la prima obbligazione, trovandosi estinta, oppure, se così vogliasi, *pagata* col fatto stesso dell'accettazione.

Non ostante queste ragioni, la corte di cassazione considerò che gl'impegni contratti dai compratori doveano saldarsi con lettera di cambio, e l'art. 420 prescrive che in materia di commercio l'attore possa citare davanti al tribunale del luogo in cui dovea effettuirsi il pagamento; per conseguenza dichiarò che il prezzo delle mercanzie stipulato in lettere di cambio o in accettazione di tali lettere, riputavasi pagabile nel luogo in cui doveano soddisfarsi, qualunque fosse quello in cui esse erano stata tratte o accettate.

1510. *Allorchè quegli sopra cui è tratta una lettera di cambio rifiuti di accettarla, può essere citato innanzi ai giudici del luogo in cui era pagabile? Che se pretende dover soltanto parte dell'ammontare, e fa delle offerte reali al traente, può citarsi costui, per la convalida di tali offerte, innanzi al tribunale del luogo in cui era pagabile la lettera di cambio?*

Quegli che non ha accettata la cambiale trattagli, dice Pardessus, non può esser tradotto innanzi ad un' altro tribunale diverso da quello del suo domicilio, quand'anche fosse debitore del traente, purchè la natura del suo debito non vi dasse luogo, in forza di una delle disposizioni dell'art. 420 del codice di procedura. Per lo contrario, se costui che non ha accettata la cambiale trattagli, si trovasse nel caso della quistione da noi proposta, potrebbe far giudicare la validità delle sue offerte dal tribunale del luogo in cui, secondo è indicato, questa lettera è pagabile; perciocchè, aggiunge lo stimabile scrittore testè citato, il traente avrebbe con ciò riconosciuto e confessato che il luogo del pagamento del suo credito è quello stesso; e sarebbe il caso di applicare l' ultima disposizione dell'art. 420.

Noi non dobbiamo aggiungere altro a questa doppia decisione se non se ch' essa trovasi consacrata, 1. da una decisione della Corte di appello d'Angers, de' 3 gennajo 1810; 2. da una decisione della corte di cassazione, dei 12 febbrajo 1811. — (*Sirey, tom.* 14, *pag.* 199, *e tom.* 11, *pag.* 265).

Ma se una tratta accettata fosse protestata per mancanza di pagamento, si comprende che il debitore non potrebbe declinare dalla giurisdizione del tribunale ove doveasi effettuare siffatto pagamento, poichè sarebbe intervenuto un contratto fra le parti mercè l' accettazione che avesse avuto luogo; altrimenti l' art. 420 resterebbe inapplicabile nella maggior parte de'casi pei quali fu prescritto. (*Vedi la decisione della Corte di Pau dei* 6 *gennajo* 1809, *Biblioteca del foro, parte* 2, *tom.* 2, 1809, *pag.* 364; *Denevers tom.* 1, *contenente le decisioni anteriori all'anno* 12, *pag.* 310).

1511. *In materia di commercio può rilasciarsi la citazione nel domicilio di colui presso il quale deve effettuirsi il pagamento?*

La corte di cassazione, con decisione de' 24 febbrajo 1808, risolvette questa quistione per l'affermativa; ma siccome tale decisione fu pronunziata in una causa nata sotto l'impero della ordinanza del 1673, così l' autore della collezione di esse dimanda se oggidì doveasi decidere allo stesso modo, ed egli pronunziasi per la negativa, fondandosi sugli art. 68† 162 e 415 † 620 leg. di com., e precisamente sul motivo che l'art. 17 del titolo 12 dell'ordinanza conteneva delle espressioni che potevano autorizzare una interpetrazione che l' art. 420 sembrava eliminare, non avendo ripetuto le stesse espressioni. Nulladimeno Denevers conviene che potenti considerazioni potrebbero giustificare la opinione da lui combattuta. — (*Vedi le sue osservazioni sulla citata decisione*, 1808, *pag.* 59).

Sirey però esaminando la medesima quistione, sostiene doversi risolvere per l'affermativa. Oltre al sopraddetto arresto della corte di cassazione, da lui riportato, pag. 153, cita due decisioni della corte di Parigi, dei 26 febb. e 1. marzo 1808, riportando, nella sua Raccolta del 1809 (DD. pag. 22), una terza, de' 26 novembre 1808.

La presente quistione è stata abbastanza discussa e sviluppata perchè noi potessimo limitarci ad emettere la nostra opinione, senza entrare in alcuna particolarità. L' interesse del commercio, il ravvicinamento che può farsi dell'art. 420 con l'ultima disposizione dell'art. 59 del codice di procedura, e con quella del-

l'art. 111 del codice civile, l'antica giurisprudenza, la quale, malgrado la diversità dell'espressioni dell'ordinanza e del codice, sembra dover spiegare quest'ultimo: in una parola tutte siffatte considerazioni c'inducono ad ammettere la opinione consecrata dalle decisioni riportate da Sirey. E Pardessus lascia scorgere esser questa benanche la sua opinione. (*Vedi inoltre Boucher pag.* 72).

1512. *Ma rilasciandosi la citazione in un domicilio eletto o indicato* IN UN EFFETTO COMMERCIALE, *il termine a comparire deve calcolarsi secondo la distanza dal detto domicilio?*

Sulla presente quistione noi adottammo al n. 1491, in tesi generale, l'affermativa, ed ora l'applichiamo al caso particolare in esame, 1. perchè il domicilio eletto in un'effetto di commercio costituisce, relativamente a tal' effetto, un vero domicilio commerciale, *nel quale possono rilasciarsi tutte le citazioni, e negli stessi termini* che nel domicilio reale di chi l' ha sottoscritto; 2. perchè il possessore non può conoscere altro domicilio diverso da quello indicatogli per lo pagamento. — (*Vedi le ultime decisioni citate sulla precedente quistione, ed il Trattato della procedura dei tribunali di commercio di Boucher pag.* 76) (1).

1513. *In materia di commercio, può l'attore, se sianvene più d'uno in diversi distretti, rilasciare la citazione, siccome in materia ordinaria, innanzi al tribunale del domicilio di uno di essi, senza che sia obbligato di preferire, sia il tribunale del luogo ove fu fatta la promessa e rilasciata la merce, sia quello del luogo in cui dovea effettuirsi il pagamento?*

Noi avvisiamo, come Lepage, nelle sue quistioni, pag. 274, che bisogna rispondere affermativamente, percioccbè l'art. 59 decide in un modo generale, e l'art. 420 non fa alcuna eccezione. Che se quest'ultimo, in materia commerciale, concede il diritto di citare innanzi al tribunale del domicilio del convenuto, ciò è sufficiente per indicare che bisogna regolarsi come in materia ordinaria. Del resto, noi appoggiamo questa risposta con la decisione della corte di Rennes, dei 29 marzo 1809, citata pag. 48, nella nota.

(1) Per l' opinione contraria, ch' è quella di Denevers, 1808, pag. 59, si possono vedere le osservazioni di Sirey, e la decisione da lui riportata nella raccolta del 1808, pag. 142.

ART. 421 + 627. Leg. di Com. *Le parti debbono comparire in persona, o col mezzo del loro procuratore munito di mandato speciale* (2).

Ordinanza del 1667, tit. 16, art. 1 e 2 — Ordinanza di Carlo IX, dell'art. 5 — Art. 5 di quella pronunziata a Saint-Meur, nel 1566 — Ordinan. del 1673, tit. 12 art. 1. — C. di Com. art. 627.

CCCXLVII. Quest'articolo è la conseguenza dell'art. 414, che trovasi, in termini espressi, nell' art. 627 del codice di commercio. Ma, siccome osserva Demiau Crouzilhac, pag 305, bisogna considerare che non trattasi qui, relativamente alla facoltà di comparire per mezzo di un procuratore, se non se di una semplice citazione, e non del caso in cui il tribunale abbia ordinato la comparsa personale della parte, uniformemente all'art. 448 (3).

1514. *Può la parte, nei tribunali di commercio, farsi rappresentare dalle persone indicate nell'art.* 86 + 181?

Quantunque si abbia dritto a farsi rappresentare da qualunque persona capace di rice-

(2) GIURISPRUDENZA.

Un tribunale di commercio può ammettere a litigare un individuo il quale, senza essere stato citato si presenta innanzi ad esso, e può pronunziare delle condanne contro di lui, s' egli siasi difeso nel merito senza eccepire la mancanza di citazione legale. — (*Rennes*, 11 *luglio* 1810.)

(3) « Anticamente, aggiunge Demiau, si permetteva alle parti d' inviare una memoria in » loro difesa, senza comparire o far comparire alcuno per esse; ma non più ammettevasi questo » abuso, a meno che non si fusse data una memoria da un parente, da un amico o da altro » mandatario speciale incaricato di rappresentar la » parte impossibilitata a presentarsi. Si può forse » permettere ciò oggi giorno? Io credo di no: le » disposizioni dell' art. 414 + 627 *delle leggi di* » *commercio* sembrano opporvisi formalmente. Potrebbesi nondimeno incontrare qualche circostan» za che permettesse di allontanarsene: sul che » appartiene ai giudici decidere. » Noi pensiamo che quando colui che presenta la memoria, abbia egualmente un mandato speciale che l' incarica di comparire per presentare tale memoria presso al tribunale, non vi è alcun motivo per vietarne la lettura; ma la consegna di essa ai giudici potrebbe, anzi dovrebbe ricusarsi, attesochè la legge vuole che le parti siano intese in contraddittorio all' udienza o esse medesime, o per mezzo del loro procuratore.

vere un mandato, bisogna nulladimeno eccettuar quelle persone alle quali l'art. 86 rifiuta il dritto di difendere le parti; poichè innanzi ai tribunali di commercio, la facoltà di rappresentare la parte contiene quella di difenderla. — (*Locrè, Spirito del codice di commercio, tom.* 7, *pag.* 125 *e* 138; *del cod. di proced. tom.* 2, *pag.* 107, *ed il nostro Trattato delle leggi di organizzazione e di competenza, quist.* 38, *pag.* 66).

1515. ***In qual forma dev' esser fatta la procura, e* PARTICOLARMENTE *può farsi per mezzo di lettera missiva?***

L'art. 627 del codice di commercio ordina che niuno può agire per una parte innanzi ai tribunali di commercio, se non sia stato prima autorizzato dalla parte presente all' udienza, o non sia munito di una procura speciale; la quale, soggiunge il citato articolo, potendo scriversi a piè dell'originale o della copia della citazione, sarà esibita al cancelliere pria di chiamarsi la causa, e sarà dallo stesso vidimata senza esigere alcun dritto. Conseguita da ciò che la procura può darsi in iscrittura privata, non avendo l'articolo fatta alcuna distinzione. Ma Locrè, Spirito del codice di commercio, tom. 7, pag. 126, e del codice di procedura, tom. 2, pag. 132, osserva essersi proposto di aggiungere: *Anche con una lettera missiva*; aggiunzione che poi non fu fatta. Ma però, secondo il nostro avviso, non bisogna da ciò conchiudere essere vietata una procura di simil fatta, poichè potendo essere in iscrittura privata, importa poco quale ne sia la forma.

1516. ***Le persone conosciute sotto il nome di* AGGREATE, *sono forse eccettuate dall'obbligo di farsi rilasciare una procura speciale dalle parti ch' esse rappresentano?***

È invalso il sistema, dice Pardessus, corso di dritto commerciale, tom. 5, pag. 10, 2 ediz. nei tribunali in cui ci è moltiplicità di affari, di avere degli *aggreati* (val dire dei legali approvati dal tribunale per trattar le cause abitualmente innanzi ad esso), i quali rappresentano le parti senza procura speciale: tal che la sentenza, in seguito di continuazione ordinata sulle loro aringhe, reputasi pronunziata in contraddittorio. Ma questa tolleranza, aggiunge il citato scrittore, non sarà spinta al punto di considerar come capace di obbligare una parte, il consenso prestato da un'individuo, che in tal modo presentasse de'documenti, ma che non avesse procura speciale.

Legras, pag. 27, senza fare alcuna distinzione, formalmente dice, che dai termini dell'art. 421 non bisogna dedurre, che gli *aggreati* presso i tribunali di commercio sieno obbligati di giustificare aver essi ricevuta una procura speciale: ma, secondo lui, un *aggreato* il quale ha ottenuto dal tribunale la facoltà di trattare una causa, addiviene responsabile di tutti gli errori che può commettere; nè egli si presenta mai senza portar con se l' atto originale della dimanda o la copia; il che, in ogni tempo, ha tenuto luogo di procura presso i tribunali.

Comunque sia, persistiamo a credere, siccome abbiam già enunciato sulla quist. 1296, che non bisogna più ammettere *aggreati* nei tribunali di commercio, *purchè non sieno muniti di una procura speciale*. — (*Vedi supra, il comentario all' art.* 414 + 621 *leg. di com.*)

L'art. 421 non fa alcuna eccezione all'obbligo imposto alle parti di rilasciare una tal procura a'loro mandatari, e l'art. 427 del codice di commercio rende quest'obbligo più imperioso ancora, disponendo che *NIUNO potrà agire per una parte innanzi a'tribunali di commercio, se questa, presente all'udienza, non l'autorizzi, o se egli non sia munito di procura speciale, la quale debb' essere esibita al cancelliere prima della chiamata della causa, e da quest' ultimo vidimata.*

Tale disposizione attesta quanto fortemente il legislatore ha avuto in mira di prevenire tutte le difficoltà, e tutti gl'inconvenienti che possono originare allorchè si mette in mezzo un individuo non munito di procura speciale.

Per lo che non è lo stesso per gli *abituati* o *aggreati* presso a' tribunali di commercio, come per i patrocinatori, secondo dice anche Thomines, pag. 182, non essendo sufficiente pei primi la consegna dell' atto di citazione perchè sia loro accordato il dritto di difendere. (*Vedi sopra le quist.* 1296 *e* 1487; *Demiau Crouzilhac, pag.* 305, *Berriat Saint-Prix.pag.* 380, *not.* 8, *e sulla istituzione degli aggreati, Boucher, pag.* 12, 19, 61 *e* 63).

Del resto, qualora dopo siffatte osservazioni vogliasi persistere a credere che gli aggreati sieno stati conservati, bisogna ammettere almeno la opinione di Pardessus, che noi troviamo confermata da una decisione della Corte di Rouen, del 1. marzo 1811. — (*Sirey, tom.* 11, *pag.* 233).

ART. 422 + 628. Leg. di Com. *Comparendo le parti, e non giudicandosi definitivamente la causa alla prima udienza, le parti non domiciliate nel luogo di residenza del tribunale sono tenute di farvi elezione di domicilio.*

Questa elezione deve registrarsi nel registro originale della udienza. Mancando tale elezione di domicilio, qualunque notificazione, anche quella della sentenza definitiva, sarà validamente fatta alla cancelleria del tribunale (1).

Vedi *supra* n. 425 — C. di P. art. 140.

CCCXLVIII. In generale la causa deve decidersi alla prima udienza; ma come un gran numero di motivi possono opporvisi, così la legge imponendo l'obbligo alle parti di eleggere domicilio, ha presa una precauzione necessaria, affinchè non si abbia a temere che la distanza de'luoghi ritardi la decisione della causa (2).

1517. *La elezione del domicilio, fatta uniformemente all'art. 442, è forse richiesta per altri casi diversi da quelli enunciati in questo articolo; e può aver affetto relativamente a terze persone?*

Tale elezione di domicilio sembraci prescritta nel caso soltanto in cui, alla prima udienza, non intervenga una sentenza definitiva, ed i i suoi effetti, consistenti in ciò, che ogni notificazione, anche quella della sentenza definitiva, sia fatta al domicilio eletto, o in cancelleria, qualora non siavi stata elezione, sembraci doversi limitare alle parti impegnate in giudizio.

Noi fondiamo questa opinione, 1. sopra una decisione della Corte di Torino, dei 9 aprile 1811, la quale ritenne che intervenendo la sentenza definitiva alla prima udienza, non eravi luogo ad applicare l'art. 422; in questo caso la sentenza non debb' essere notificata in cancelleria, ma al domicilio della parte contro la quale era stata pronunziata; 2.° sopra una decisione della Corte di Brusselles, dei 9 maggio 1810, la quale giudicò che un terzo interveniente in causa deve notificare la sua dimanda d'intervento nel domicilio reale delle parti, e non già nel domicilio eletto, uniformemente allo stesso articolo 422. — (*Vedi il Coment. inserito negli Ann. del not. tom.* 2, *pag.* 506, *a Denevers*, 1810, *suppl. pag.* 119).

Pardessus tom. 5, pag. 54, opina che le disposizioni di questo articolo debbono eseguirsi, anche nel caso in cui, dietro una rimessione legalmente pronunziata, si portassero degli incidenti innanzi ad un tribunal civile. (*Vedi l'art.* 426 *e* 427). Noi pure concordiamo in tale avviso, nè crediamo con ciò stabilire una eccezione alla disposizione dell' art. 422, perciocchè ogni qualvolta è rimesso un' incidente dal tribunal di commercio al tribunal civile, non può dirsi *pronunziata una sentenza definitiva* nel primo di questi tribunali, nel qual caso soltanto l'art. 422 prescrive la elezione del domicilio.

ART. 423 + 629. Leg. di Com. *In materia di commercio l' attore straniero non può essere obbligato a prestar cauzione per le spese, danni ed interessi a' quali potesse venire condannato. Questa disposizione ha luogo egualmente se l'istanza è introdotta davanti un tribunale civile ne' luoghi ove non esiste tribunale di commercio.*

C. C. art. 16, e supra, num. 701.

CCCXLIX. Questo articolo ripete e spiega la disposizione dell' art. 16 + 17 del Codice civile, e ripara ad una omissione avvenuta nell' art. 166 + 260 del codice di procedura, il quale non istabilisce alcuna distinzione. Siffatta eccezione è fondata sul pericolo di restringere le relazioni commerciali nell' interno del regno, qualora gli stranieri fossero esposti a

(1) GIURISPRUDENZA.

1. L' elezione del domicilio cessa non appena è terminata la lite da una sentenza diffinitiva; essa non può in conseguenza autorizzare l' altra parte a far notificare il suo atto di appello al domicilio eletto. — (*Cassaz.* 2 *marzo* 1814; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 119.)

[2. Del pari la notificazione della sentenza definitiva, fatta nel luogo di questa elezione di domicilio, relativa soltanto agli atti di procedura e di esecuzione avanti al tribunale, non può far correre i termini di appello. — (*Brusselles*, 25 *aprile* 1821, *Giurisprudenza di detta Corte*, *anno* 1821, *vol.* 1, *pag* 193).]

(2) Per assicurare l' esecuzione di tale disposizione, conviene che prima di sciogliere l' udienza il presidente faccia chiamare tutte le cause le cui citazioni fossero scadute in quel giorno e che non avessero potuto esser decise e ne pronunzi il differimento alla prossima udienza, ordinando alle parti di far l' elezione del domicilio richiesto dalla legge. Ma siccome tale elezione, dice Demiau Crouzilhac, pag. 306, non potrebbe farsi qualora la parte non si presentasse ella stessa, bisogna che abbia l' attenzione di farlo nella procura che dà al suo mandatario.

degli ostacoli pel riacquisto de' fondi o delle loro merci.

Art. 424 + 630. Leg. di Com. *Se il tribunale è incompetente per ragion di materia, deve rimettere le parti al competente, quantunque la declinatoria del foro non fosse stata proposta dalle medesime.*

Le declinatorie di foro per qualunque altro titolo non potranno essere proposte se non che previamente a qualunque altra difesa (1).

Ordinanza del 1667, tit. 5, art. 5. — C. di P. art. 108, 169, 442, et supra, n. 724, 772, 774.

CCCL. Il motivo per cui l' art. 424 impone l' obbligo a' giudici di rinviare le parti, anche quando non fosse stata proposta la declinatoria d' incompetenza per ragione di materia, è fondato sul perchè tale incompetenza riguarda il dritto pubblico, a cui nè le parti, nè il giudice può derogare. (*Vedi il nostro Trattato delle leggi di organizzazione e di competenza*, *lib.* 2, *tit.* 5.) Del resto bisogna osservare che in questo articolo trattasi unicamente delle declinatorie fondate sulla incompetenza del tribunale, sia per ragion di materia, sia per ragion di persone, e non già della rimessione per causa di pendenza di lite, di connessione, o di parentela ed affinità : donde segue che per quest' ultime bisogna uniformarsi alle regole generali.

1518. *Quali sono le eccezioni d' incompetenza che possono colla procedura volontaria esser sanate, tal che non si possa interporre appello per incompetenza dalla sentenza pronunziata?*

Poichè l' art. 424 dispone che se il tribunale è incompetente, per ragion di materia, esso rinvierà le parti, ancorchè non sia stata proposta la declinatoria, non vi ha dubbio che in questo caso le eccezioni d'incompetenza non restano mai sanate, e possono proporsi in ogni stato di causa. D' altronde è questo un principio generale che può invocarsi in ogni giurisdizione, e che fu dalla Corte di Colmar, con decisione de' 17 giugno 1809 (*Sirey*, *tom.* 14 *pag.* 370), applicato in una causa intentata male a proposito innanzi ai giudici di commercio, nella specie in cui un giardiniere che fa semenzai era citato in occasione di vendita di piante provvenienti dal suo semenzaio.

Ma dalla seconda disposizione dell' art. 424 contenente che la declinatoria per *ogni altra causa* diversa dall' incompetenza per ragion di materia, non può proporsi se non se preliminarmente a qualunque altra difesa, conseguita che non solamente può rimaner sanata la eccezione risultante dall' incompetenza, fondata sul motivo che una parte non avesse il suo domicilio nella giurisdizione del tribunale innanzi a cui è citato, ma bensì quella risultante dal motivo che una parte, per ragion della sua qualità, dimandi la rimessione di una causa, la quale, per sua natura, stia nelle attribuzioni della giurisdizione commerciale.

Epperò, secondo l'art. 635 del codice di commercio, allorchè una lettera di cambio è riputata una semplice promessa, ai termini dell'art. 112 dello stesso codice, o allorchè i biglietti ad ordine sono sottoscritti da individui non negozianti ec. ec., il tribunal di commercio è obbligato di rimettere la causa al tribunal civile, qualora se ne faccia richiesta dal convenuto. In tal caso la dimanda per la remissione sarà sanata dal silenzio del convenuto, il quale non sarà ammesso a produrre appello per ragion d' incompetenza. (*Vedi la decisione della corte di Rouen, de'* 20 *aprile* 1809; *Demiau*, *pag.* 306; *Boucher pag.* 78, *e Delaporte*, *Coment. del Codice di Commercio*, *pag.* 44) (2).

(1) GIURISPRUDENZA.

1. Chi abbia intentata una querela di falso, non è più ammissibile di proporre la declinatoria dalla giurisdizione di un tribunale per causa d'incompetenza *ratione personae*: questa querela per verità non può esser giudicata dal tribunale, giusta l' art. 427 + 633 delle *leggi di commercio*, però è sempre una difesa nel merito. — (*Parigi* 28 *feb.* 1812; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 360.)

2. La stessa eccezione d' incompetenza può proporsi dietro l' opposizione alla sentenza (*Bruxelles* 23 *dicembre* 1809; *Sirey*, *tom.* 10, *pag.* 261.); ben inteso però se l' opposizione sia soltanto fondata sulla incompetenza. — (*Vedi la quistione* 712.)

3. Ma la stessa corte di Brusselles al 31 luglio 1809 (*Sirey, tom.* 7, *suppl. pag.* 773,) decise che l' individuo non commerciante, che ha firmato o girato un biglietto ad ordine, e che si è lasciato condannare in contumacia da un tribunale di commercio, non può nella corte di appello proporre la stessa eccezione. Sirey lascia ignorare la specie nella quale fu pronunziata siffatta decisione: essa però si oppone a quanto abbiamo stabilito nella quist. 712.

(2) Sugli art. 433 + 641 e 642 delle *leggi di commercio*, 444 + 508, e 445 + 509 ci faremo ad esaminare molte quistioni relative agli appelli dalle sentenze profferite sulla competenza de' tribunali di commercio, derivando la loro soluzione particolarmente dall' applicazione di questi articoli.

1519. *Ma da questa proposizione ne slegue forse che una parte, la quale dopo d'aver opposto una simile eccezione suscettibile di essersanata, conchiudesse* SUSSIDIARIAMENTE *nel merito, si renderebbe inamissibile ad appellare dalla decisione che l' avesse rigettata ?*

Noi non esiteremmo affatto , secondo l'art. 172 + 266 a risolvere negativamente la presente quistione , se si trattasse di una materia ordinaria. (*V. supra n.* 733 *e seguenti*). Difatti niuna cosa in tali materie obbliga il convenuto a conchiudere in merito, perciocchè non avendo il tribunale la facoltà di conoscerne senza aver prima con un' altra sentenza pronunziato sulla competenza, non potrebbe ordinarglielo.

Laonde riunire in questo caso senza necessità la discussione dei motivi di difesa a quella della declinatoria , sarebbe lo stesso che compromettere il successo dell' appello prodotto in seguito della sentenza la quale avesse rigettata la eccezione ; quindi è naturale conchiudere dalla discussione sulla causa principale che il convenuto ha sanata l' incompetenza.

Ma la facoltà concessa dallo articolo 425 + 631 ai giudici di commercio di unire la dimanda di rimessione al merito , sembraci autorizzar sufficientemente il convenuto a discutere a causa finita senza pregiudizio de' suoi dritti. (*Vedi Cassaz.* 1. *pratile* , *anno* 10 , *Sirey* , *tom.* 2, *pag.* 321.)

Ed in vero, a causa di siffatta facultà , egli è interessato a discutere sussidiariamente in merito, poichè è possibile che il tribunale rigetti la eccezione , e pronunciando nel merito riconosca nulladimeno non essere la dimanda fondata, ed esclude l' attore ; nel mentre che se il convenuto taceva nel merito , il tribunale sul suo rifiuto di aringare, potrebbe, dopo aver rigettata la eccezione , condannarlo in contumacia; condanna che a lui importa evitare, essendo la sentenza eseguibile provvisoriamente, non ostante appello.

Per la qual cosa la difesa in merito è sempre una saggia precauzione, poichè se la declinatoria non è accolta , si può almeno sperare di non succumbere nella causa principale , ed evitare una condanna che sarebbe la conseguenza necessaria della mancanza di difesa in merito. Del resto, una decisione della corte di Rennes, dei 27 settembre 1817, camera delle vacanze , consacrò formalmente una tale opinione , che potrebbesi inoltre appoggiare con un' altra decisione dei 12 agosto 1810 , colla quale la stessa corte decise che in materia di commercio, la discussione in merito *sotto ogni protesta e riserva* , dopo il rigettamento della declinatoria, non rende inamissibile l'appello , atteso che l' art. 425 lascia sempre il dritto di impugnare le disposizioni relative alla competenza. (*Vedi benanche la decis. della corte di Montpellier, de'* 22 *gennaio* 1811, *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 304.)

1520. *Se nella città in cui è domiciliato il convenuto non vi ha tribunale di commercio, ma siavi in un' altra città dipendente dalla stessa provincia, può forse la parte dimandare di essere rinviata al tribunal di commercio vicino ?*

L' art. 616 + 609 del Codice di commercio accorda al tribunal di commercio la stessa giurisdizione del tribunal civile; ma l' art. 640 + 618 accordando a' tribunali civili la facoltà di giudicare commercialmente, potrebbe far supporre che essendosi innanzi ad essi introdotta una causa, abbiano il dritto di ritenerne la conoscenza. Pertanto noi crediamo, unitamente a Jourden, nel suo codice d'incompetenza, tom. 2, pag. 406, num. 978, che la facoltà di giudicare commercialmente è attribuita soltanto ai tribunali civili i quali non hanno nel loro distretto tribunali di commercio: per lo che in tal caso sembraci giusto ordinare la rimessione.

ART. 425 + 631 Leg. di Com. *Una sola e medesima sentenza può, rigettando la declinatoria, pronunziare sul merito: ma però con due dispositive distinte, l' una sulla competenza, l' altra sul merito. La parte della sentenza che riguarda la competenza può sempre esser impugnata per via di appello.*

Ord. del 1667, tit. 12, art. 10 e 16, del 1673, tit. 12, art. 13, o 14 ; supra, coment. all'art. 170; vedi i numeri 722, 729, 1321, e i precedenti sugli art. 172, e 524 infra, sull' art. 454.

CCCLI. Questa disposizione con quella dell' articolo precedente concorre a prevenire l'abuso che anticamente esisteva nella facoltà concessa a' giudici di commercio di pronunziar sulle declinatorie, a condizione soltanto di farne menzione nella sentenza : donde originava la opinione che l'appello sulla competenza non era permesso, allorchè il capitale che formava l'oggetto della dimanda permetteva ai tribunali di commercio di pronunziare sulla competenza. Che se l'art. 425 autorizza a pronunziare

colla stessa sentenza sulle eccezioni d' incompetenza, imponendo l' obbligo di due disposizioni distinte, l'una sulla eccezione, l'altra sul merito, ed autorizzando formalmente l' appello avverso la prima, elimina qualunque incertezza e dà ai litiganti la garentia che la corte ed il pubblico ministero, annesso ad esse, eserciteranno la loro sorveglianza su questa parte importante dell' amministrazione della giustizia. — (*Rapporto al corpo legislativo*).

Questo articolo non fa alcuna eccezione per le sentenze pronunziate nelle cause in cui il tribunale avesse a giudicare in merito in ultimo grado di giurisdizione e per cui l' appello è ammesso in tutti i casi. — (*Locrè*, *Spirito del codice di procedura*, *tom*. 3, *pag*. 141. *e qui appresso art*. 454.)

È parimente ammesso senza alcuna distinzione, sia nel caso in cui il tribunale si è dichiarato competente, e in quello che si è dichiarato incompetente, anche quando avesse di ufficio pronunziata la rimessione, sia trattandosi d' incompetenza per ragion di materia a causa di giurisdizione, allorchè, in quest'ultimo caso, il convenuto non ha rinunziato alla declinatoria.

Finalmente l' appello è ammesso sì prima come dopo la sentenza nel merito, purchè non sia decorso il termine. — (*Ivi pag*. 143.)

1521. *Allorchè siavi stata propagazione di giurisdizione*, *val dire consenso espresso o tacito delle parti ad essere giudicate dal tribunale di commercio*, *ed una di essa pretende in seguito essere incompetente*, *siffatto consenso opera un mezzo d'inamissibilità contro l'appello?*

Indubitatamente che sì, se si trattasse d' incompetenza per ragion del domicilio; ma nel caso in cui il consenso sia stato dato ad oggetto di prorogare la giurisdizione per ragion di materia, non ne può risultare un mezzo d' irrecittibilità contro l' appello, anche quando fusse stato prodotto dall' attore stesso il quale avesse adito il tribunal di commercio. — (*Vedi sopra il comentario sull' art*. 170, *e il n*. 722, *la decisione della corte di Brusselles*, *de'* 28 *maggio* 1808, *Sirey*, *tom*. 9, *pag*. 33; *e Locrè*, *come sopra*, *pag*. 141. *e* 142. *Vedi inoltre Sirey*, *tom*. 8 *pag*. 532, *in cui trovasi una decisione che pronunzia alla stessa foggia relativamente alla competenza dei giudici di pace*).

1522. *Sarebbe lo stesso qualora*, *in vece di dirigersi ad un tribunal di commercio*, *si fosse intentata la dimanda innanzi ad un tribunal civile?*

Fu ritenuta la negativa dalla stessa corte di Brusselles ne'28 novembre 1808 (*Sirey*, *tom*. 9, *pag*. 21), attesochè i giudici ordinari, anche per la legge del 1790, sono pienamente vestiti della giurisdizion civile; donde siegue che le parti, senza indirigersi al giudice incompetente, qualora esistesse, han potuto rivolgersi al giudice ordinario per far giudicare la loro controversia. Epperò questa decisione sembraci uniforme alla sana teoria sviluppata *da Henrion de Pensey*, nel suo Trattato dell' autorità giudiziaria relativa a'governi monarchici, pag. 178 e 183, e pag. 186 e seg.; ma egli stesso conviene, pag. 181 e 188, esistere potenti ragioni per non applicare cotesti principî alla nostra attuale organizzazione giudiziaria; ed in fatti, contro la decisione della Corte di Brusselles, può citarsi il decreto de'5 fruttidoro anno 9, riportato nel nuovo Repertorio alla parola *incompetenza*, n. 2, con che fu deciso che una causa amministrativa sulla quale le parti avessero volontariamente da più anni litigato, dovea rinviarsi al consiglio di prefettura, perciocchè la incompetenza pronunziata per ragion di materia, e nascente dall'ordine pubblico, non resta mai sanata. Per la qual cosa non potrebbesi far a meno di convenire che, ammesso un tal principio, la presente quistione dovrebbesi risolvere per l'affermativa, applicandosi il detto principio a tutt' i casi d' incompetenza *per ragion di materia*.

ART. 426 † 632 leg. di com. *La vedova e gli eredi di persone soggette alla giurisdizione del tribunale di commercio saranno citati innanzi questo tribunale*, *così per la riassunzione come per la introduzione di nuova istanza. Se cade controversia sulla qualità delle persone*, *questo incidente è rimesso ai tribunali ordinari che devono giudicarne*: *in seguito il tribunal di commercio decide sul merito* (1).

Ordinanza del 1672, tit. 12. art. 16. — C. di P. art. 342 e seguenti.

(1) GIURISPRUDENZA.

1. La quistione se un debitore era maggiore o minore nell' epoca in cui contrasse le sue obbligazioni, è essenzialmente estranea alla giurisdizione commerciale. — (*Brusselles* 10 *luglio* 1807; *Sirey*, *tom*. 8, *pag*. 77.)

CCCLII. La qualità di moglie in comunione di beni nella persona della vedova, e quella di eredi nella persona di coloro che adiscono una successione, fa sì ch' essi godano dei vantaggi, e quindi debbono soffrire i pesi, sia della comunione, sia della successione. Quindi è giusto che vengano piazzati, relativamente a colui che avesse qualche azione ad intentare contro il defunto, nello stesso stato in cui trovavasi quest' ultimo all'epoca di sua morte, e che sieno assoggettiti alla giurisdizione eccezionale, alla quale egli era sottoposto, a causa della sua professione di commerciante, o degli atti di commercio che si trovasse aver fatti. Ma però se cadrà controversia sulle qualità della vedova o degli eredi, cessa allora e necessariamente una tale giurisdizione relativa alla sua competenza per pronunziare sull'azione, non essendo la questione pregiudiziale a decidersi, rispetto a queste qualità, materia commerciale ed appartenente naturalmente alla giurisdizione ordinaria.

1523. *Che cosa bisogna intendere colle parole* NOVELLA AZIONE?

La corte di Limoges osservava, sul progetto, che l' art. 16, del tit. 12, dell' ordinanza del 1673, conteneva benanche le parole, *azione novella*, e che gli scrittori, non che i tribunali, non erano di accordo sul senso da attribuirsi alle medesime.

Ma noi non abbiam bisogno di estenderci per dimostrare che le parole, *azione novella*, debbono essere intese nel senso, cioè, che possono innanzi al tribunal di commercio, *de plano*, val dire *con azion principale*, citarsi la vedova e gli eredi di colui il quale, per ragion dell' oggetto della dimanda, avrebbe potuto esservi citato; nè parimenti è necessario, checchè ne dica Jousse, sul citato articolo dell' ordinanza, che essi continuino a commerciare; perocchè non avendo il codice fatta alcuna distinzione, ha tolta qualunque difficoltà che siasi anticamente potuto elevare.

Giova però riflettere, col detto comentatore, che nel caso in cui la vedova e gli eredi fossero condannati, la sentenza sarebbe eseguibile soltanto sui loro beni, e non già contro la loro persona, essendo l'azione per l'arresto puramente personale. Ci dispensiamo d'altronde di citare autorità in sostegno di questa soluzione, tale essendo benanche quella ritenuta da tutti gli scrittori che sonosi occupati della presente quistione.

Laonde per applicare la disposizione dell' art. 426, non è necessario che abbia già esistita una istanza contro il defunto — (*Parigi*, 16 *marzo* 1812, *Sirey*, *tom.* 14, *part.* 1. *pag.* 105).

1524. *Innanzi a qual tribunale bisogna far la citazione per la nuova istanza?*

Bisogna in questo caso uniformarsi all' art. 420. — (*Delvincourt. Istituz. al dritto commerc. tom.* 2., *pag.* 105.)

1525. *Quali possono essere le qualità delle parti che sieno suscettibili di controversia, nella specie dell' art.* 426?

Basta, per risolvere questa quistione, riportare i termini della seconda disposizione dell' art. 16, del tit. 12, dell' ordinanza del 1673. . . . . E nel caso, diceva quest' articolo, in cui la qualità *o di comunione*, *o di* » *erede puro e semplice*, o di erede col *bene*» *ficio dell' inventario*, sia impugnata, le parti saranno rimesse innanzi a' giudici ordinari per giudicare ».

A queste qualità aggiungeremo quella di legatario universale, o a titolo universale. — (*Vedi questo stesso art.* 16; *Demiau Crouzilhac*, *pag.* 307, *e Boucher*, *pag.* 80.)

1526. *Allorchè una delle suddette qualità viene impugnata, debbe forse pronunziarsi la rimessione da' giudici ordinari, anche quando non sia dimandata dalle parti?*

La Corte di Nimes pronunziò su questa quistione in un modo affermativo, con decisione

2. Gli eredi non esercenti pubblica mercatura sono soggetti alla giurisdizione del tribunale di commercio pe' debiti *commerciali* di colui del quale essi hanno adito l' eredità, allorchè non trattasi già di eseguire delle condanne precedentemente ottenute contro al loro autore, ma di far dichiarare l' esistenza dei debiti. — (*Cassaz.* 25 *pratile anno* 10, 20 *glaciale anno* 13; 1 *settembre* 1806 *Sirey*, *tom.* 3, *pag.* 339; *tom.* 5, *pag.* 152; *tom.* 6, *part.* 2, *pag.* 743.)

3. Un tribunal di commercio è incompetente per giudicare sulla eccezione proposta dal convenuto, tendente a stabilire ch' ei non è erede del commerciante debitore dell' attore. — (*Cassaz.* 23 *messidoro anno* 9; *Sirey*, *tom.* 1, *suppl. pag.* 672.)

4. Un tribunale di commercio non è competente per ordinare contro agli eredi di un negoziante, l' esecuzione di una sentenza pronunziata contro di esso. — (*Cassaz.* 3 *brumaio*, *anno* 12; *Sirey*, *tom.* 4, *pag.* 28, *part.* 2; *vedi sotto l' art.* 442.)

del 6 maggio 1809, (*vedi Sirey*, *tom*. 9. *DD. pag*. 209) attesochè in questo caso la incompetenza deriva dalla materia, ma bisogna riflettere che la corte di cassazione decidendo benanche a 13. giugno 1808, (*vedi Denevers*, 1808 *supplemento*, *pag*. 112), che i tribunali di commercio non possono conoscere dello stato delle persone contradette incidentemente o per mezzo di eccezione, ha nullameno considerato, per annullare una decisione che avea rigettata la dimanda di rimessione, *che in tutto il corso del giudizio la parte interessata avea declinato dalla giurisdizione del tribunal di commercio*.

Noi però crediamo non potersi da ciò dedurre alcun' argomento contro la decisione della corte di Nimes; poichè l' arresto de' 13. giugno 1808 non contiene che per soprabbondanza *il considerando* che abbiam riferito, essendo sufficiente leggere quelli che lo precedono, per convincersi che la corte di cassazione non ha inteso decidere negativamente la proposta quistione (1).

Art. 427 + 633 Leg. di Comm. *Se un documento prodotto non è riconosciuto, s' è denegato o impugnato come falso, e se la parte che l' ha prodotto persiste a volersene servire, il tribunale rimette l' incidente al giudice competente, e sospende il giudizio sulla dimanda principale.*

Ciò non ostante, se il documento è relativo ad un solo articolo della dimanda, può essere proseguito il giudizio sugli altri.

Dichiarazione del 15 maggio 1703. — C. di P. art. 14, 214 e seg. 218, 442.

CCCLIII. Il presente articolo è fondato sugli stessi motivi sui quali poggia l' articolo 14, e sul perchè i tribunali di commercio sono giudici di eccezione, e non possono per conseguenza conoscere degli incidenti, che non sono materia commerciale. — (*Vedi il comment. sull' art.* 14, *tit.* 1, *pag.* 94.)

(1) Ma come osserva Locrè nello *spirito del codice di commercio*, tom. 8, pag. 180, i giudici di commercio possono pronunziare sulla quistione se un individuo tradotto innanzi ad essi sia o pur no commerciante, sul motivo che tal quistione appartiene al dritto commerciale, e che i tribunali di commercio sono i primi giudici della loro competenza.

1527. *Un tribunale di commercio, innanzi al quale si è legalmente prodotto una dimanda, può pronunziare pure sopra una eccezione diversa dalle verificazioni di scrittura ec. ec. se tale eccezione, relativamente al suo oggetto, fosse fuori la competenza del detto tribunale?*

Bisogna sempre ricordarsi il principio che la competenza dei tribunali di commercio non può estendersi a quistioni diverse da quelle che sono ad essi espressamente dalla legge attribuite. Epperò da un tal principio risulta che possono indistintamente pronunziare sopra tutte le eccezioni che abbiano loro a proporsi, e che vi ha una quantità di casi in cui essi debbono rimetterne la decisione ai tribunali ordinari, e soprassedere dal giudicare sulla causa principale finchè non sia pronunziata la detta decisione Questo principio è poggiato sopra un arresto della corte di cassazione, dei 28 maggio 1814, riportato da Denevers, 1811, pag. 293. Intanto è agevole comprendere che noi non possiamo entrare nel ragguaglio delle diverse eccezioni alle quali potrebbe un tal principio applicarsi; ma generalmente crediamo esser necessario che la eccezione presenti a giudicare una quistione di dritto non commerciale, la cui soluzione, data in favore della parte che l' oppone, renderebbe il tribunal di commercio incompetente per giudicare nel merito (2).

(2) Fra le eccezioni che i giudici di commercio debbono per questo motivo rimettere innanzi a' tribunali ordinari noi citeremo particolarmente tutte quelle che tendono a far decidere esservi stato delitto o misfatto. Locrè fa anche questa osservazione derivante dall' art. 427, ed aggiugne che sarebbe lo stesso se una delle parti pretendesse che alcuni testimoni sieno stati subornati, che l' altra parte ha prestato un falso giuramento, che un testimone ha fatto una falsa deposizione, e che il documento prodotto contro di essa, quantunque vero, sia stato rubato o estorto. Ed in vero in tutte queste circostanze l' eccezione dà luogo a pronunziare su delitti e misfatti, e questa sentenza appartenendo alla giustizia criminale, è necessaria la rimessione del pari che la sospensione, presentando l' eccezione una quistione necessaria a risolversi per giudicare sulla dimanda principale. Ma sarebbe altrimenti, come osserva Pardessus, tom. 5, pag. 63, n. 1373, nel caso in cui una parte pretendesse esserle stata strappata una firma per violenza, sorpresa o dolo; perciocchè allora il tribunale sarebbe competente per giudicare su queste eccezioni.

1528. *La semplice denegazione di uno scritto, o l'allegazione del falso, obbliga forse il tribunal di commercio, in un modo assoluto, a rimettere le parti innanzi ai tribunali civili?*

Da quanto la maggior parte degli scrittori han detto sull' art. 427, potrebbesi conchiudere che il tribunal di commercio sarebbe obbligato di rimettere le parti innanzi ai tribunali civili anche senza esserne richiesto, non appena una di esse persista ad avvalersi di un documento che la parte avversa ha dichiarato non riconoscere, negare o arguire di falso.

Pertanto, dice Demiau Crouzillac, pag. 308, la negazione di uno scritto o la dichiarazione di non riconoscerlo affatto, non obbliga il tribunale di commercio, in un modo assoluto, a rimettere le parti innanzi al tribunal competente.

Non ostante siffatto incidente, essi possono autorizzare la prova della consegna del titolo fatto da colui che nega di averlo sottoscritto, ed in consegnenza di tal prova, pronunziare la condanna dietro il solo fatto della consegna; il che appunto fu giudicato dalla corte di cassazione con arresto dei 18 agosto 1806, riportato nella raccolta di Sirey, tom. 6, pag. 388.

Noi aggiungeremo che con decisione de' 9 agosto 1809 (*Denevers, tom. 9, supplem. pag.* 132) la corte di Parigi giudicò che un tribunal di commercio poteva proseguire il giudizio fino alla condanna del pagamento degli effetti commerciali, non ostante la negazione del convenuto ed anche della sua dichiarazione di voler iscriversi in falso. Nella specie, il convenuto avea citato l' attore per dichiarare se intendeva far uso di una cambiale, notificandogli che nel caso affermativo, egli sarebbesi iscritto in falso contro un tal documento, ed avrebbe proceduto per la nullità di esso innanzi ai tribunali competenti. Non ostante questa dichiarazione, il tribunale di commercio pronunziò la condanna, atteso che la eccezione del convenuto tendeva chiaramente ad eludere il pagamento della cambiale, o per lo meno a differirlo. . . . Fu prodotto appello per parte del convenuto, il quale si querelò di falso principale; invocando innanzi la Corte lo art. 427, e mostrando gl' inconvenienti che potevano originare dalla sua violazione. La parte appellata sostenne che la semplice negazione di un documento non bastava a sospendere la giurisdizione del tribunale adito, ma ci bisognava una formale iscrizione in falso; soggiungendo che, nella specie, la iscrizione in falso sarebbe senza effetto, poichè la corte speciale della Senna erasi dichiarata incompetente. La Corte di appello, adottando i motivi dei primi giudici, rigettò l' appello, contro le conclusioni del pubblico ministero.

La prima decisione da noi citata sembraci al coverto da qualunque controversia, perciocchè è nello spirito dell' art. 427 che i tribunali di commercio pronunziano sul merito, ogni qual volta esistano circostanze o prove che rendono la eccezione priva di oggetto. Or la consegna di un' effetto commerciale fatta in mano del possessore del convenuto che nega il detto effetto, è una circostanza sufficiente per allontanare la denegazione. Ma però non crediamo che la seconda decisione, quella cioè della corte di Parigi, possa servire a stabilire la giurisprudenza, nel senso che vi bisogni una iscrizione in falso diggià formata, perchè il tribunal di commercio sia obbligato di pronunziare la rimessione.

Vedesi d'altronde, dall'analisi che noi abbiam fatto della specie, che il tribunal di commercio, e per conseguenza la Corte, han giudicato in mero punto di fatto. Le circostanze soltanto potran dunque determinare il rifiuto di una rimessione; ma esser debbono gravissime e tali che sia di piena evidenza che l' incidente di falso sia stato prodotto a sol' oggetto di eludere e di ritardare il pagamento.

Supponiamo, per esempio, che si alleghi vagamente il falso, senza esprimere da qual fatto risultasse, e che fosse certo, secondo le circostanze della causa, di essersi avventurata tale allegazione di falso ad oggetto di sottrarre al tribunal di commercio, una eccezione fondata sopra fatti che non potrebbero costituire un falso; sarebbe allora indubitatamente autorizzato il tribunale a pronunziare sopra questa eccezione, siccome fu giudicato dalla corte di Orleans con decisione, de' 10 febbrajo 1810, riportata nella giurisprudenza sulla procedura, tom. 3, pag. 441 (1).

(1) Del resto la nostra opinione è a sufficienza provata colla decisione della corte di cassazione del 19 marzo 1817, nella causa di Reiguier contro Michel, nella quale venne deciso che se i tribunali di commercio sono tenuti in forza dell'art. 427 di rimettere le parti a' giudici civili per la verificazione della scrittura e della firma, allor-

1529 *Allorchè i tribunali civili, in qualità di giudici di commercio, prendono cognizione di una causa sulla quale interviene una denegazione di documenti o un' allegazione di falso, debbono ordinare una sospensione, uniformemente all' art. 427?*

Il tribunale di commercio dovrebbe rimettere l' incidente agli stessi tribunali ordinarii, epperò questi tribunali possono immediatamente, e senza ordinare una sospensione, pronunziare su tale incidente, allorchè fanno le veci di giudici di commercio. Ecco quanto può dirsi in sostegno della negativa sulla proposta quistione.

Ma qualora si consideri (*vedi la quist.* 1487) che i tribunali civili tengono luogo de' tribunali di commercio, e debbono istruire e giudicare secondo le norme da cui questi sono specialmente regolati; e che d'altronde secondo l' art. 420, una parte può divenire soggetta ad esser giudicata da un tribunale civile, rimpiazzando un tribunal di commercio, mentrecchè non avrebbe potuto esser giudicato che da un' altro tribunal civile, se la materia non fusse stata commerciale, si riconoscerà senza dubbio che l' art. 427 debb' essere applicato nella specie della nostra quistione. In questo caso sarebbe lo stesso come di un giudice di pace il quale non può, dietro citazione per la conciliazione, pronunziare *come giudice*, se riconosce che la causa dovea essergli sottoposta sotto quest' ultima qualità; sarebbe anche come di un tribunal correzionale il quale non può pronunziare sopra una quistione che giudicasse dover rientrare nella giurisdizione che egli esercita come tribunal civile, *e vice versa*.

Vale lo stesso rispetto alle controversie sulla qualità delle persone, nel caso dell' art. 426 (1).

chè la sorte della controversia dipende dalla detta verificazione, non è lo stesso allorchè, indipendentemente, e fatta astrazione da ogni verifica, l' istruzione dimostra il vizio essenziale e la nullità de' contratti. Basta dunque, perchè la loro sentenza sia validamente pronunziata nel merito, che non sia fondata su di alcun motivo il quale si applichi alla controversia sulla scrittura o al falso; ma come noi abbiam detto sulla quistione precedente, secondo Pardessus, sopra mezzi di dolo o di frode. — (*Vedi Sirey, tom.* 17, *pag.* 169).

(1) Ma se l' eccezione fosse opposta in grado di appello, sembraci certo che la corte giudicherebbe l' incidente, perchè essa ha la piena giurisdizione. — (*Ved. il Comm. inserito negli Annali del notariato*, tom. 2, *pag.* 512).

Art. 428 + 634. Leg. di Com. *In qualunque caso il tribunale può ordinare anche* ex officio, *che le parti siano intese personalmente all' udienza o nella camera del consiglio. In caso di legittimo impedimento il tribunale può deputare uno de' giudici, oppure un giudice di pace per sentire le parti e per far processo verbale delle loro dichiarazioni.*

Ordinanza del 1667, tit. 16, art. 4 — C. di P. art. 119, 324 e seguenti, 330.

CCCLIV. I motivi che dettarono l' art. 428 sono gli stessi di quelli da noi assegnati all' art. 119 (*vedi sopra tom.* 1,); ma la facoltà di ordinare la comparsa personale delle parti dovea essere particolarmente accordata ai tribunali di commercio, perciocchè è nel voto della legge, a sufficienza manifestato dagli art. 414 e 421, che le parti si spieghino da loro stesse in questi tribunali, e che d' altronde la maggior parte delle cause che vi sono portate, riposano sopra fatti su' quali i giudici possono avere più spesso bisogno di ricevere spiegazione dalla bocca delle medesime parti.

1530. *In qual modo debbonsi in questo articolo intendere le parole* IMPEDIMENTO LEGITTIMO?

La legge non ha affatto inteso limitare l'impedimento legittimo al caso in cui la parte fosse impedita di malattia o altrimenti, ed escludere il caso in cui fosse lontana. Queste espressioni dell' articolo, generalmente prese, costituiscono il giudice arbitro delle cause d' impedimento, e quindi lo restano padrone di aver riguardo alla lontananza come del pari alla malattia. — (*Locrè, Spirito del Cod. di comm. tom.* 7, *pag.* 116 *e* 117, *e del codice di proced. tom.* 2, *pag.* 153).

1531. *La mancanza personale di una delle parti innanzi ad un tribunal di commercio, allorchè fu ordinata con sentenza, importa forse che i fatti allegati dall' altra parte si abbiano per* VERIFICATI?

La corte di cassazione, sezione civile, giudicò l' affermativa della proposta quistione, con decisione de' 15 febb. 1812, riportata da Locrè, tom. 12, pag. 241, atteso che se l'art. 428 del codice di procedura non ritiene in ter-

mini espressi l'affermativa, essa per lo meno n'è una conseguenza necessaria, che d'altronde trovasi scritta nell'art. 330 † 424 dello stesso codice.

Per lo che la comparsa ordinata uniformemente all'art. 428 produce presso a poco il medesimo effetto, ne' tribunali di commercio, che l'interrogatorio sopra fatti e loro circostanze; ma la comparsa può essere ordinata di ufficio, mentre che l'interrogatorio può esserlo soltanto dietro dimanda di una delle parti (*Vedi le quistioni di Lepage pag.* 283; *Pardessus*, *tom.* 5, *pag.* 66).

1532. *La sentenza del tribunal di commercio che ordina la comparsa di una parte all'udienza, è preparatoria o interlocutoria?*

Noi dicemmo sulla quistione 501, tom. 1, pag. 155, che una cosiffatta sentenza pronunziata da un tribunal civile, secondo l'art. 119, era preparatoria; ed osserveremo che la stessa soluzione conviene a quella che pronunzia un tribunale di commercio, a' termini dello art. 428. Il che appunto fu giudicato da una decisione della corte di Colmar, de' 6 dicembre 1809, riportata da Denevers, 1809, supplemento, pag. 118.

Non potrebbesi adunque appellare da una tale sentenza se non che dopo o congiuntamente alla sentenza diffinitiva — (*art.* 431 † 515).

ART. 429 † 635. Leg. di Com. *Se vi è luogo a rimettere le parti avanti ad arbitri per esame di conti, scritture e registri, si nominano uno o tre arbitri per sentire le parti, e per conciliarle, se si può, e per dare in difetta il loro parere.*

Se vi è luogo a visita o a stima di opere e merci si nominano uno o tre periti.

Gli arbitri ed i periti sono nominati ex officio *dal tribunale, quando le parti non l'abbiano scelti concordemente all'udienza* (1).

T. 29 — Ordinanza del 1667, tit. 16, art. 3 e sopra. il titolo de' rapporti de' periti — C. di Com. (art. 52. e seg.)

CCCLV. Con quest'articolo il codice ha consacrato e generalizzato un'uso anticamente seguito a Parigi, e che, con i suoi salutari effetti, ha realizzata l'aspettativa del legislatore. La utilità di questa specie di tribunal di famiglia, di cui si autorizza la formazione, è più agevole sentirsi, diceva il relatore della legge, che spiegarsi; e se non sempre ne risulta una felice conciliazione, almeno l'avviso degli arbitri produce il vantaggio di ridurre i dibattimenti ne' loro veri termini, e facilitarne la decisione relativamente a coloro che son chiamati dalla legge a giudicare.

1533. *La facoltà di ordinare una rimessione innanzi agli arbitri o ai periti, nei casi previsti dall'art. 429, è forse particolare ai tribunali di commercio?*

Secondo Lepage, nelle sue quistioni, pag. 283, i tribunali ordinari potranno far uso della stessa facoltà, nelle cause ordinarie, ma Merlin alla parola *arbitramento*, tom. 1. pag. 306, sostiene il contrario. Tale quistione, nel 1810, fu agitata innanzi la Corte di Rennes, ma non fu necessario risolverla.

Noi scorgiamo a tal riguardo, nel Giornale di detta Corte, tom. 1, pag. 486, che anticamente l'uso era uniforme alla opinione di Lepage (*vedi Pigeau*, *Trattato della procedura del Castelletto*, *tom.* 1, *pag.* 247); e che un siffatto uso poteva presentare qualche vantaggio; ma non essendo stato dal codice consacrato, trovasi abrogato non solamente dal silenzio del legislatore, ma bensì dalla disposizione dell'art. 1041 † T. ec. Osserviamo benanche che Pigeau il quale, nel suo nuovo trattato, ha conservato tuttocciò che il primo potea contenere di applicabile sotto l'impero del codice attuale, ha soppresso quanto avea colà riferito, relativamente alle rimessioni di cui facciamo parola. — (*Riom*, 27 *luglio* 1809; *Biblioteca del foro* 1810, *part.* 2, *tom.* 5, *pag.* 429).

1534. *Può darsi luogo ad altre perizie diverse da quelle menzionate nella seconda disposizione dell'art.* 429?

Non è impossibile, dice Pardessus, tom. 5, pag. 64, che siavi luogo ad una specie di perizia che può far nascere la immensa estensione delle relazioni commerciali. Per esempio trovandosi un'effetto commerciale rivestito di girate in una lingua, e talvolta anche in caratteri stranieri, può esser necessario ordinarne la traduzione. Una operazione di questo genere nulla ha di comune con la verificazione

(1) GIURISPRUDENZA.

La sentenza di rimessione innanzi agli arbitri è semplicemente preparatoria e d'istruzione. — (*Rennes*, 12 *luglio* 1812).

di scritture e di firme, la cui rimessione debb' essere ordinata, uniformemente all'art. 427, e per conseguenza il tribunale di commercio può conoscerne.

1535. *Quali sono le formalità da seguirsi per gli arbitramenti e le perizie di cui tratta l' art.* 429 ?

Gli arbitri di cui è parola nell' art. 429 sono molto impropriamente qualificati con questo titolo, perocchè d' altro non sono incaricati se non se di sentire le parti, conciliarle, se è possibile, altrimenti emettere il loro avviso. Per lo che bisogna considerarli esclusivamente come periti, e per conseguenza crediamo doversi applicare, relativamente ad essi ed ai periti nominati, uniformemente al citato articolo, le regole segnate negli art. 302 e seg. †396 e seg.; nè vi ha altra differenza se non che le parti sono obbligate a nominare all' istante, ed alle stesse udienze, cotesti *arbitri o relatori-periti*, se loro piace farne la scelta. (*Vedi il coment. inserito negli ann. del not. tom.* 2, *pag.* 514, *e Pardessus*, *tom.* 5, *pag.* 64 *e* 65) (1).

Conseguita da ciò, 1: che gli art. 304, 305 e 306 † 398, 399 e 400 non regolano affatto il modo di nominare i periti, e che non vi ha nè notificazione, nè termine, nè nomina in cancelleria. — (*Locrè*, *Spirito del codice di proced.*, *tom.* 2, *pag.* 168.)

2. Che i tribunali di commercio non sono obbligati di ottenere l' assenso delle parti, per ordinare che la perizia si faccia da un sol perito — (*Locrè*, *ibid. pag.* 165.)

La nomina d' ufficio avendo luogo ogni qual volta le parti non *convengono*, val dire non concordano nella udienza sulla scelta di tutt' i periti, ne risulta che il tribunale deve nominare di ufficio :

1. Allorchè niuna delle parti comparisce; 2. allorchè, comparendo, entrambe o una di esse ricusi il perito prodotto dell' avversario (*Locrè*, *ibid. pag.* 165); 3. allorchè una delle parti si rende contumace.

In questi due ultimi casi, il tribunale non fa la nomina soltanto per la parte che si rende contumace o che rifiuta il perito prodotto dall' avversario; ma nomina per tutte due, atteso che è impossibile che le parti convengano nella scelta de' loro periti o dei loro arbitri.— (*Rouen*, 10 *settembre* 1813, *Sirey*, *tom.* 15, *pag.* 118 ; *Locrè ibid.*, *pag.* 169 e 170.)

Del resto la parte che si fa rappresentare da un procuratore, può benissimo dare al suo mandatario l' autorizzazione di convenire, se vi ha luogo, sulla scelta dei periti. — (*Locrè ibid.*)

Inoltre è ad osservarsi che la nomina di ufficio deve sempre farsi colla sentenza che ordina la perizia, uniformemente all' art. 305. — (*Locrè ibid.*)

1536. *Ma gli arbitri debbono forse prestar giuramento come i periti ?*

Pardessus, corso di dritto commerciale, pag. 65, e Locrè, Spirito del codice di procedura, tom. 2, pag. 160 e 161, opinano che gli arbitri non sono, come i periti, soggetti al giuramento; ed infatti questa differenza risulta da quella esistente fra le loro rispettive funzioni. Per la verità, gli arbitri han questo di comune co' periti, che gli uni e gli altri emettono una semplice opinione. Ma la opinione degli arbitri riposa, o sopra ragionamenti di cui è possibile ai giudici di valutare la forza, o sopra documenti che sono sotto agli occhi del tribunale. Al contrario quella dei periti è fondata sopra fatti da loro *attestati*, e che i giudici non sono al caso di poter verificare; circostanza la quale, fino ad un certo punto, dà al rapporto il carattere di una testimonianza la cui fedeltà dev' essere garentita dalla religione del giuramento (2).

1537. *La regola secondo la quale il tribunale deve nominare gli arbitri di ufficio, allorchè le parti non concordano tra loro, è applicabile al caso dell' arbitramento forzoso in materia di società commerciale ?*

Due decisioni della corte di cassazione, dei 5 giugno 1815, e 9 aprile 1816 (*Sirey*, *tom.* 15, *pag.* 384, *e tom.* 17, *pag.* 135), con-

(1) Ma è chiaro che le parti possono dimandare atto al tribunale della dichiarazione ch' esse facessero di comune accordo di dispensare gli arbitri o i periti da certe formalità che porterebbero seco indugio e spese (*Vedi Demiau Crouzilhac*, *pag.* 310). Le parti sono chiamate innanzi ad essi sempre in virtù di citazione. — (*Vedi la tariffa*, *art.* 29).

(2) Gli arbitri non possono concorrere alla dichiarazione del tribunale, e vi sarebbe nullità della sentenza, se fossero stati chiamati, ancorchè sol per esser presenti alla discussione, e non per dare il loro parere. — (*Rennes*, 8 *settembre* 1815).

sacrarono la negativa pel motivo che l'art. 429 dispone soltanto per gli arbitri *esaminatori*, e non già per gli arbitri *giudici*. Per lo che, quando tra soci, alcuni nominano i loro arbitri, mentre altri dichiarano non volerne nominare, il tribunale non ha dritto a nominarne tre; perciocchè la nomina fatta da una delle parti deve avere il suo effetto. — (*Vedi il cod. di commercio*, *art.* 55.)

ART. 430 † 636. Leg. di Com. *La ricusazione degli arbitri o periti dee proporsi fra tre giorni dopo la loro nomina* (1).

C. di P. art. 308 e seguenti.

CCCLVI. Trattasi quì della ricusa, sì degli arbitri che dei periti, uniformemente al precedente articolo. Ed in fatti una parte, siccome dicemmo nel comentare l'art. 308, non può essere ammessa a ricusare un'arbitro o un perito, sulla di cui scelta si fosse messa di accordo col suo avversario; ma non bisogna perdere di vista quello che dicemmo sull'art. 309, e segnatamente nel comentario a tale articolo, pel caso in cui la sentenza che nomina i periti sia stata pronunziata in contumacia. Allora il termine stabilito dall'art. 430 decorrerebbe dal giorno della notificazione della sentenza, come quello determinato dall'art. 309 † 402.

1538. *Contro quali periti, per qual causa, in qual forma può proporsi e giudicarsi la ricusa, e quali saranno gli effetti della sentenza che la rigetta o l'ammette?*

Tale quistione origina dal motivo che l'art. 430 limitasi a fissare il termine nel quale sarà esercitata la ricusa; ma Locrè (*Spirito del codice di proced. tom.* 2. *pag.* 171, *e del codice di commercio*, *tom.* 9, *pag.* 430), opina che questo articolo riportasi agli altri articoli 309, 310, 311, 312, 313, *e* 314 † 402, 403, 404, 405, 406, 407, *e* 408 le cui disposizioni è necessario riavvicinare, indicando quelle che convengono ai tribunali di commercio, e quelle che non possono adattarsi a tale istituzione. Ma niuna però sembraci incompatibile con essa, a meno che non sia la circostanza che gli atti i quali, nei tribunali ordinari, sono notificati da patrocinatore a patrocinatore, debbonsi, in quelli di commercio, notificare al domicilio eletto, uniformemente all'art. 322. — (*Vedi le quistioni risolute sui detti articoli.*)

Del resto, tutte le altre disposizioni del codice, al titolo delle perizie, art. 316, 317, 318, 319, 320, 322, *e* 323 † 410, 411, 412, 413, 414, 416, *e* 417 applicansi parimenti alle materie commerciali. — (*Locrè*, *Spirito del codice di comm. tom.* 9, *pag.* 436 — 437, *e le nostre quistioni sugli art.* 316, 323.)

ART. 431 † 637. Leg. di Com. *La relazione degli arbitri e quella de' periti si deposita nella cancelleria del tribunale.*

Ordinanza del 1667, tit. 16, art. 3. — C. di P. art. 319. — C. di Com. art. 61.

CCCLVII. Egli è chiaro, secondo questa disposizione, che bisogna uniformarsi, relativamente al rapporto degli arbitri e dei periti, alle disposizioni dell'art. 319, e quindi, dopo il deposito del detto rapporto in cancelleria, la parte più diligente ne leva spedizione che notifica all'altra parte, con intimazione a comparire alla prossima udienza per la discussione e per la pronunziazione della sentenza.

1539. *Può essersi dispensato dallo spedire e notificare il rapporto?*

Vi ha de' tribunali, dice Demian Crouzilhac, pag. 311, nei quali non si fa spedire nè notificare il rapporto; ma si denunzia soltanto essersi depositato, affinchè la parte, ove le sembra conducente, vada a prenderne lettura, citandola a comparire alla prossima udienza, per sentirne la lettura e veder procedere alla sentenza definitiva. Non avendo la legge, egli soggiunge, prescritta alcuna formalità, può ciascuno seguire quel sistema che più gli sembra conveniente; e quello che presenta,

(1) GIURISPRUDENZA.

1. La ricusazione è inammissibile, se non è proposta fra i tre giorni dopo la nomina; o più generalmente, il termine fissato dall'art. 430 † 636 delle leg. di com. è perentorio. — (*Rennes* 4 *feb.* 1818).

2. Si può, colla nomina di un arbitro volontario far cessare l'effetto di quella di un arbitro di officio, il quale non sia ancora entrato in funzione: perchè la nomina di un arbitro di ufficio non è assoluta, ma semplicemente comminatoria. — (*Parigi*, 14 *febbraio* 1809; *Denevers*, 1809, *pag.* 276).

Nota. *È chiaro che bisogna allo stesso modo decidere, rispetto a' periti.* — (*Vedi le quistioni* 1045 *e* 1809).

maggior economia debb' essere preferito. Su di ciò pare che non ci cada alcun dubbio, ma è necessario che le parti sieno di accordo su questo punto. Una lettura presa in cancelleria o intesa in udienza, non potrebb' essere sempre sufficiente per mettere la parte in istato di discutere un rapporto di arbitri o di periti; ma essa ha spesso bisogno di meditarlo, e perciò fa mestieri che l' abbia continuamente sotto agli occhi: epperò noi crediamo esser di rigore l' obbligo della notificazione, qualora la parte non acceda alla intimazione di prenderne comunicazione in cancelleria.

Art. 432 † 639. Leg. di Com. *Quando il tribunale ordina la prova testimoniale vi si procede colle forme sopra prescritte per gli esami sommari. Però nelle cause appellabili, le deposizioni sono scritte dal cancelliere e firmate da' testimoni. In caso di rifiuto a firmare, se ne fa menzione* (1).

C. di P. art. 407 a 413 inclusivamente, 782 — C.C. art. 1341 — C. di com. art 509.

CCCLVIII. In materia commerciale tutti gli esami debbono farsi sommariamente; e questa istruzione abbreviata è inerente alla natura di tali materie — (*Vedi più sopra pag.* 132.) Laonde la legge prescrive di seguire le formalità stabilite per gli esami sommarii, in materia ordinaria, colla sola differenza, che nelle cause in cui il tribunale non può pronunziare in ultimo grado di giurisdizione, fa mestieri, oltre alle formalità che debbono precedere ed accompagnare la deposizione dei testimoni, 1. che questa deposizione sia compilata in iscritto dal cancelliere; 2. che ne sia data lettura al testimone, il quale può farci quei regionamenti ed aggiunzioni che giudica conveniente; 3. che in seguito riceve lettura del tutto, e gli si dimanda se vi persista; 4. che il testimone sottoscrive la sua deposizione, e se non può, non sa, o non vuole sottoscrivere, ne sarà fatta menzione.

1540. *Debbono farsi gli esami rigorosamente secondo le formalità prescritte per le cause sommarie?*

In materia di commercio dovendo il corso della giustizia essere, per quanto più è possibile, spedito, noi crediamo esser lecito, abbandonare qualunque formalità la quale può rimpiazzarsi con mezzi più semplici, egualmente adatti a raggiungere il medesimo scopo; ma è necessario però che le parti vi prestino il loro consenso. — (*Vedi Boucher*, *pag.* 21, 82, *e Demiau Crouzilhac*, *pag.* 311) (2).

Art. 433 † 641 e 642. Leg. di Com. *Nella redazione e spedizione della sentenza si osservano le formole prescritte dagli art.* 141 *e* 146 † 233 *e* 239 *pe' tribunali di prima istanza.*

Vedi *supra* questi articoli, e gli articoli 545 e seg.

CCCLIX. La sola osservazione a farsi su questo articolo, si è che le sentenze sieno compilate da' giudici, sulla intimazione rimessa in cancelleria, senza che le parti o i loro procuratori, sieno obbligati a depositare le narrative, non essendovi ministero di patrocinatori.

1541. *I cancellieri dei tribunali di commercio, come quelli dei tribunali civili, debbono riportar tutte le sentenze sul foglio di udienza?*

Sì, secondo una decisione del ministro della giustizia, dei 31 ottobre 1809. — (*Sirey*, *tom.* 10, *pag.* 12.)

Art. 434 † 643. Leg. di Com. *Se l' attore non comparisce il tribunale pronunzia la contumacia, ed assolve il reo dalla dimanda.*

Non comparendo il reo, incorre nella con-

(1) GIURISPRUDENZA.

1. Un tribunale di commercio che ammette una pruova testimoniale, dee ordinare ch'essa sia fatta nella sua udienza; nè può destinare uno dei suoi membri a riceverla. I fatti articolati per la pruova non debbono rigettarsi sol perchè fossero personali a quello che li propone. Basta perchè siano ammessi, che la loro uniformità con altri fatti possa concorrere a stabilire egualmente la verisimiglianza di tutti. — (*Bordò*, 19 *agosto* 1811; *Sirey*, *tom.* 12, *pag.* 65.)

2. L' art. 279 † 374 non si applica alle materie commerciali. I giudici possono sempre prorogare i termini, perchè nessuna legge loro vieta di riaprire gli esami. — (*Brusselles*, 6 *maggio* 1813 *Sirey*, *tom*, 14, *pag.* 181).

(2) Le parti possono consentire che un esame ordinato da un tribunale di commercio sia fatto in una forma ancora più semplice di quella prescritta dalle legge. — (*Rennes* 30 *agosto* 1817.)

tumacia , e le conclusioni dell' attore sono ammesse , quando si trovino giuste e provate (1).

Ordinanza del 1667, tit. 14, art. 4, e tit. 16, art. 5. — C. di P. art. 149, 153, 154.

CCCLX. Il comentario su questo articolo è lo stesso di quello fatto all' art. 150. — (*Vedi il tom.* 1, *pag.* 371)

1542. *Possono i tribunali di commercio, pria di dichiarar la contumacia , ordinare una nuova citazione ?*

Legras , pag. 126 , opina doversi seguire ancora , per lo meno a Parigi , il decreto del Consiglio , de' 24 dicembre 1668, che ordinava la novella citazione alla parte contumace ; ma noi rispondiamo con Merlin (*vedi il nuovo Repert. alla parola* consulti , pag. 21), che un tal decreto è abrogato dall' art. 1041 : tal è benanche l' avviso di Demiau Crouzilhac , pag. 312 , e di Pardessus , tom. 5 , pag. 79: « Alcuni tribunali , egli dice , hanno il si» stema di ordinare la novella citazione al » convenuto contumace ; *ma non vi ha neces» sità* , di modo che se una tale novella cita» zione fosse nulla, basterebbe la validità della » citazione principale perchè la contumacia » fusse regolarmente ottenuta » ; val dire che comparendo il convenuto , ad oggetto di opporre la nullità della novella citazione , l' attore potrebbe ottenere la sentenza contumaciale , in forza della prima citazione , qualora il detto convenuto si rifiutasse a discutere quest' ultima. Il tribunale , dichiarando nulla la nuova citazione, non potrebbe ordinarne una altra ; ma molti scrittori eccettuano il caso dell' art. 153 ; ed altri , *porticolarmente* Demiau Crouzilhac, insistono contro questa opinione , e noi adottammo il loro sentimento , nella nostra Analisi , quest 1402; fondandoci , 1. sul motivo che il codice di procedura nel segnare , pei tribunali di commercio, una procedura particolare , non ha prescritto in detti tribunali l' applicazione dell' art. 153 ; e 2. sul motivo che il Codice di commercio , dichiarando coll' art. 643 , che gli art. 156 , 158 e 159 del primo , relativi alle sentenze contumaciali , pronunziate dai tribunali inferiori , fossero applicabili alle stesse sentenze profferite dai tribunali di commercio, non prescrive affatto l' esecuzione dell' art. 153 — (*Vedi del resto le quistioni* 86 *e* 93.)

Ma la giurisprudenza rigettò questa dottrina , siccome abbiam già detto sull' art. 153 , n. 1, tom. 1. pag. 210 (2).

ART. 435 † 644. Leg. di Com. *Qualunque sentenza contumaciale debb' essere notificata da un usciere destinato a quest' effetto dal tribunale. La notificazione deve contenere , sotto pena di nullità , elezione di domicilio nel comune in cui si eseguisce , se l' attore non vi è domiciliato.*

La sentenza diventa esecutiva un giorno dopo la notificazione , e finchè non vi sia fatta opposizione (3).

T. 29 — Decreto del Consiglio , de' 24 dicembre 1668. — C. di P. art. 155, 156.

CCCLXI. Lo stesso motivo che ha servito di base alla disposizione simile dell' art. 156 † 250

(1) GIURISPRUDENZA.

La disposizione dell' art. 434 può servire a spiegare quella dell' art. 150 † 244 , in quanto che ne' tribunali civili , del pari che in quelli di commercio , il convenuto debb' essere assoluto dalla dimanda , se l'attore non si presenta. La corte considerò che , a' termini dell' art. 4, tit. 14 dell' ordinanza del 1667 , allorchè l' attore ricusa di comparire , il reo debb' essere assoluto dalla dimanda ; che nulla è stato cambiato a questa regola del codice di procedura , e ch' essa è anche ripetuta nell' art. 434 † 643 delle leggi di com. — (*Cassaz.* 7 *feb.* 1811 ; *Sirey* , *tom.* 11 , *pag.* 213).

(2) E da osservarsi che Merlin nel luogo sopracitato sostiene , che ancha oggidì sembra non potersi far rivocare la dichiarazione di contumacia nella prima udienza , come anticamente praticavasi. Noi abbiamo sottoposto ai nostri lettori sulla quistione 621 talune osservazioni in sostegno dell' opinione contraria , confermata da decisione della corte di cassazione del 4 febbrajo 1808 , riportata da Sirey nel tom. 8, pag. 153.

(3) GIURISPRUDENZA.

1. L' art. 435 del codice di procedura † 644 delle leg. di com. non è abrogato dall' art. 643 del cod. di com. — (*Brusselles*, 15 *maggio* 1811 ; *Sirey, tom.* 14, *pag.* 383).

2. L' usciere destinato da un tribunale di commercio per notificare una sentenza contumaciale , può , allorchè vi è luogo ad arresto personale , eseguire la sentenza senza nuova commissione del tribunale di prima istanza. — (*Rennes* 20 *luglio* 1814; *Sirey* , *tom* 15, *pag.* 14.)

3. La notificazione di una sentenza contuma-

ha dettato anche quella contenuta nell' art. 435 ; e questo motivo, siccome dicemmo al tom. 1. pag. 385, si è di assicurarsi di una notificazione reale, la cui presunzione è stabilita dalla scelta fatta dal tribunale, che non può sospettarsi di avere affidato l' incarico ad un' usciere la cui probità ed esattezza gli fosse ignota (1). Rispetto all' obbligo di eleggere domicilio nella notificazione della sentenza, esso è fondato sulla necessità di dare al contumace i mezzi di prevenire l' esecuzione, sia con un' offerta reale, fatta nel domicilio, sia per mezzo di opposizione ; disposizione tantoppiù giusta, in quanto che, secondo i termini dell' articolo, le sentenze di cui trattiamo sono esecutive il *giorno appresso*(2) alla notificazione, qualora non ci sia nè offerta nè opposizione.

1543. ***Una sentenza contumaciale, contenente condanna al pagamento di un' effetto commerciale, può esser notificata al domicilio eletto in detto biglietto di pagamento ?***

Dalla corte di Colmar, ai 20 marzo 1810 (*vedi la Bibliot. del foro, parte* 2., *tom.* 5, *pag.* 270), fu ritenuto doversi fare la notificazione al domicilio reale del debitore. Ciò, leggesi nelle considerazioni della decisione, chiaramente risulta dall' art. 455, il quale dichiara non potersi notificare alcuna sentenza contumaciale se non che da un' usciere delegato, e che la sentenza sarà esecutiva un giorno dopo la notificazione. Or, gli è chiaro che, secondo la idea del legislatore, non potrebbe aver luogo una tale notificazione se non se al domicilio reale della parte convenuta, e non già nel domicilio elettivo, il quale spesso rattrovasi molto lontano dal domicilio reale. La ragione, aggiungesi, è patente ; cioè, ad oggetto che il contumace abbia sicura cognizione della sentenza che lo condanna in contumacia, ed affinchè sia avvisato che un giorno dopo potrà aver luogo la esecuzione. Per siffatti motivi, avendo la Corte di Colmar dichiarata nulla la notificazione fatta al domicilio elettivo, rigettò il mezzo d' inamissibilità risultante dal perchè erasi formata la opposizione fuori il termine dalla legge prescritto.

1544. ***Se il contumace dimorasse nella città in cui risiede il tribunale di commercio, e l' attore, domiciliato in altra città, avesse diggià eletto il suo domicilio nella prima, in esecuzione dell' art.* 422 † 628 *leg. di Com., sarebbe forse obbligato di reiterare la elezione nella notificazione della sentenza ?***

Noi crediamo, con Delaporte, tom. 1. pag. 399, che la elezione del domicilio a farsi nella notificazione è assolutamente indipendente da quella fatta sul registro originale delle udienze, uniformemente all' art. 422, perciocchè la disposizione dell'art. 435 è assoluta, e non contiene alcuna eccezione nè modificazione. — (*Vedi ancora il Coment. inserito negli annali del not. tom.* 2 *pag.* 518 *e* 519.)

ART. 436 † 645. Leg. di Com. *Non si ammette opposizione dopo otto giorni dalla notificazione della sentenza* (3).

ciale di un tribunale di commercio che abbia pronunziato l' arresto personale, deve, sotto pena di nullità, farsi dall'usciere destinare colla stessa sentenza.—(*Nancy*, 23 *luglio* 1813 ; *Sirey, tom.* 16, *pag.* 167.)

(1) Duopo è riflettere, sebbene il nostro articolo non si spieghi come fece l' art. 156 † 250, che i tribunali di commercio possono, come i giudici ordinari, delegare la scelta dell' usciere ad un tribunale vicino, se bisognasse notificar la sentenza in un luogo lontano. Essi vi sono d'altronde autorizzati dall' art. 1035 † 1112 il quale accorda a tutt' i tribunali indistintamente la facoltà di delegare per fare delle notificazioni o degli atti di procedura. — (*Vedi Demiau Crouzilhac, pag.* 513.)

(2) Legras, pag. 128, e Boucher, pag. 85, dicono al contrario, che le sentenze contumaciali possono eseguirsi un giorno dopo la notificazione, attesochè, secondo l' art. 1033 † 1109, il giorno della notificazione e quello della scadenza non debbono computarsi.

Si osserverà senza dubbio che l' art. 1033 non è applicabile, poichè l' art. 435 † 644 delle leg. di com. stabilisce esso stesso la franchigia del termine. Ed infatti prescrivendo che la sentenza contumaciale è esecutiva *un giorno dopo* la notificazione, esprime evidentemente, come l' abbiam detto nel testo, che questa sentenza può essere eseguita l' indomani, vale a dire che non bisogna computare nè il giorno della notificazione, nè il giorno appresso, ma bensì il terzo. Tal' è pure la opinione degli autori del Com. inserito negli *Annali del notariato*, tom. 2, pag. 519, di Demiau Crouzilhac, pag. 313, e di Hautefeuille, pag. 242.

T. 29. — Ordinanza del 1667, tit. 16, art. 5 e 6, e tit. 35, art. 3. — Ordinanza del 1673, tit. 12 e 21. — C. di P. art. 157 e seguenti, e tom. 2, pag. 45, not. 3.

(3) GIURISPRUDENZA.

1. Colui che discute in prima istanza i mezzi di opposizione del suo avversario, senza diman-

CCCLXII. Fra questo articolo, che dichiara inamissibile l'opposizione dopo l'ottavo giorno dalla notificazione della sentenza, e l'art. 435†644 che l'autorizza sino al momento della esecuzione, esiste una formale contraddizione, che il legislatore ha fatto scomparire, ordinando, coll'art. 643 del codice di commercio, che gli art. 156, 158 e 159 del codice di procedura saranno applicabili alle sentenze contumaciali in materia di commercio; tal che, senza formalmente rivocare l'art. 436, il legislatore l'ha renduto incapace di esecuzione, rispetto alla sua disposizione proibitiva della facoltà di produrre opposizione dopo l'ottavo giorno dalla notificazione della sentenza, siccome sarà più ampiamente spiegato nel comentario all'art. 638 † 728.

ART. 437†646. Leg. di Com. *L'opposizione deve contenere i motivi dell'opponente, ed una citazione a comparire nel termine fissato dalla legge, e si notifica al domicilio eletto.*

T. 29. — C. di P. art. 20, 161 e 435.

CCCLXIII. Le ragioni su cui poggia la disposizione colla quale l'art. 437 esige che qualunque opposizione sia motivata, sono le stesse di quelle che dettarono la disposizione dell'art. 161 † 255 (*Vedi il coment. e le quistioni su questo articolo.*) La legge vuole in questo caso che la opposizione contenga citazione nel termine legale, val dire di un giorno almeno, uniformemente all'art. 416 † 621 delle leggi di com., e che sia notificata al domicilio eletto nell'atto di notificazione della sentenza contumaciale, ai termini dell'art. 435.

1545. *Sono validi gli atti di procedura eseguiti non ostante opposizione, abbenchè irregolari?*

Noi distingueremo, con Demiau Crouzilhac, pag. 315, il caso in cui la irregolarità provvenisse dal non essersi fatta alcuna intimazione, o dal non essersi fatta al domicilio, dal caso in cui risultasse, sia dalla mancanza dei motivi, sia dal non essersi intimati nel termine. Nel primo caso, gli atti di procedura sembrano doversi ritenere per validi, perciocchè la opposizione è di niuno effetto, se non è accompagnata o seguita da intimazione; all'opposto, nel secondo caso non crediamo, unitamente a Demiau, appartenere all'attore di rendersi giudice dei difetti che crede rimarcare nell'atto, epperò deve arrestare il suo procedimento, salvo a ricorrere per far pronunziare la nullità della opposizione.

ART. 438 † 648. Leg. di Com. *L'opposizione fatta al momento dell'esecuzione della sentenza mediante dichiarazione inserita nel processo verbale dell'usciere, sospende la detta esecuzione; è in obbligo però l'opponente di reiterarle la sua dichiarazione entro tre giorni con un atto che porti citazione a comparire. Passato questo termine, l'opposizione si ritiene come non avvenuta* (1).

C. di P. art. 156 158, 159, 162.

CCCLXIV. Noi abbiam veduto, comentando l'art. 436, esistere tra questo articolo e quello che precede, una opposizione che il codice di commercio ha fatto cessare, dichiarando gli articoli 156, 158 e 159 † 250, 252 e 253 del codice di procedura applicabili alle

dare che si dichiarino inammissibili, per essere spirato il termine, non può pretendere che abbia un mezzo di graveme, s'ei non produce in appello questa eccezione d'inammissibilità.—(*Rennes*, 8 *feb.* 1813.)

2. L'appello per motivo d'incompetenza avverso una sentenza contumaciale pronunziata da un tribunale di commercio, non è ammissibile, allorchè contro questa sentenza si è prodotta opposizione. — (*Parigi* 27 *marzo* 1813, *giornale de' patrocinatori*, *tom.* 7, *pag.* 352.)

3. Il termine di opposizione alla sentenza contumaciale, che dichiara un commerciante in istato di fallimento, non può decorrere dopo gli affissi, se non quando vi è stata una notificazione regolarmente fatta. L'art. 459 † 451 del cod. di com., il quale accorda al fallito il rimedio dell'opposizione durante gli otto giorni sussecutivi all'affisso della sentenza, debb'esser combinato coll'art. 642 † 732, ed inteso in questo senso che l'affisso ha dovuto esser preceduto da notificazione. — (*Riom*, 4 *luglio* 1809; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 185.)

(1) GIURISPRUDENZA.

Se al tempo di un precetto reiterato per procedere ad un sequestro di mobili, la parte dichiara all'usciere ch'essa si oppone all'esecuzione, e se questi si ritiri senz'aver nulla sequestrato, la parte è ammissibile a produrre opposizione fino all'esecuzione. Ma se la parte, senza reiterare la sua opposizione, lascia decorrere i tre giorni concessi dall'art. 438 † 647 delle leg. di com., l'usciere dopo questo intervallo, può fare il sequestro de' mobili, non ostante qualunque nuova opposizione. — (*Rennes*, 10 *gennaio* 1816).

sentenze contumaciali, pronunziate in materia di commercio. Pertanto, prima della pubblicazione del codice di commercio, cercavasi di conciliare i due articoli, decidendo, siccome faceva osservare Legras, pag. 131, che bisognava assolutamente eseguire la sentenza durante gli otto giorni dalla notificazione; ma era lo stesso che emettere una misura la quale non poteva esser giustificata se non se dalla necessità d' interpetrare due disposizioni contraddittorie, in modo che ognuna di esse potesse produrre un' effetto. Or tale interpetrazione era chiaramente contraria a ciascuno de' due articoli isolatamente preso, ed alle mire del legislatore, manifestate coll' art. 158, per le cause ordinarie, mire che nessun ragionevole motivo deve indurre a considerare non dover essere le stesse relativamente alle materie commerciali. Per lo che vedendo il legislatore che una tale contraddizione non poteva esistere, ha ridotto all' uniformità, coll' art. 643 del codice di commercio, la facoltà di ricorrere, per mezzo della opposizione, contro qualunque sentenza contumaciale pronunziata, sia in materia civile, sia in materia commerciale. — (*Vedi la seguente quistione.*)

1546. *Gli art.* 156, 158 *e* 159 *sono applicabili a tutte le sentenze contumaciali pronunziate in materia commerciale?*

Boucher, nel suo manuale dei negozianti, pag. 698, dice che questi articoli non possono eseguirsi alla lettera, perciocchè vi bisogna la menzione della costituzione di patrocinatore: laonde, egli soggiunge, in vece di leggere la parola *patrocinatore*, bisogna leggere come se dicesse *procuratore*.

Risulterebbe da tale spiegazione che ogni qual volta fosse stato costituito un procuratore, non vi sarebbe luogo ad applicare gli articoli di cui abbiam parlato, e conseguentemente, in questo caso, dovrebbe eseguirsi la sentenza contumaciale nel termine di otto giorni. Delaporte, nel suo comentario sul codice di commercio, tom. 2. pag. 430 e 431, va molto più lungi, opinando che gli art. 156, 158 e 159, non possono ricevere alcuna applicazione nel caso che la parte essendosi presentata, si lascerebbe in seguito giudicare in contumacia, per mancanza di costituzione di patrocinatore.

Per altro niun comentatore del codice di procedura ha fatto tali distinzioni: che anzi, Demiau Crouzilhac, pag. 314, formalmente sostiene che tutte le sentenze contumaciali pronunziate dai tribunali di commercio, trovansi comprese nelle disposizioni degli art. 156, 158 e 159, atteso che non vi ha patrocinatori in questi tribunali.

Tal' è benanche la nostra opinione, fondata, 1. sull' art. 643 † 618 del codice di commercio, il quale non ha fatta alcuna distinzione; 2 sul motivo che niuna disposizione del codice di procedura attribuisce alla rappresentazione delle parti, per mezzo di procuratori, effetti diversi da quelli prodotti dalla loro comparsa personale; donde siegne che esso considera il procuratore come la stessa parte, e che per una seguela di conseguenze, gli art. 156, 158 e 159 essendo esclusivamente relativi alle sentenze contumaciali pronunziate contro le parti, debbono essere applicati nel caso in cui un mandatario è stato costituito, come in quello in cui la parte si presentasse essa stessa. È chiaro d' altronde che la differenza sistente tra il patrocinatore, ufficiale ministeriale, la cui costituzione è dalla legge richiesta, ed il mandatario che non ha alcun carattere legale, non permette, purchè non ci sia una formale disposizione, di applicare al secondo ciò che riguarda il primo. Non dobbiamo pertanto intralasciare di dire che la opinione contraria ha in suo sostegno una decisione della corte di Torino, dei 14 agosto 1809 (1).

(1) Noi faremo anche osservare che oltre di questa decisione abbiamo sotto gli occhi un consulto nel quale si sostiene, che la sentenza contumaciale, resa dopo la costituzione di un *aggregato*, non è soggetta all' applicazione dei citati articoli, attesochè essa dee riputarsi contumaciale di parte per non essersi presentata in udienza. Nella specie, un *aggregato*, erasi presentato ad una prima udienza, senza comparire allorchè si discusse pubblicamente la causa. Noi stimiamo che anche in questa circostanza, in cui la parte sceglie uno di questi individui per mandatario, sono applicabili i sopraddetti articoli, poggiandoci sul motivo che un *aggregato*, come crediamo di averlo provato nella quistione 1516, non ha alcun carattere legale e pubblico, nè può in conseguenza essere assimilato ad un patrocinatore. Qui dunque avviene, come nel caso in cui la parte avesse incaricata qualunque altra persona a rappresentarla; la sentenza resa in contumacia di questa persona sarebbe evidentemente soggetta all'applicazione degli articoli 156 † 250, 158 † 252, e 159 † 253; giacchè

ART. 439 † 648 e 650. Leg. di Com. *I tribunali di commercio possono ordinare l'esecuzione provvisionale delle loro sentenze, non ostante l'appello, e cauzione, sempre che le medesime siano fondate sopra documenti autentici non controversi, o sopra una precedente sentenza condannatoria non impugnata per via di appello. Negli altri casi l'esecuzione provvisionale non ha luogo che previa cauzione o giustificazione di sufficiente solvibilità* (1).

T. 29 — Legge de' 16 agosto 1790, tit. 12, art. 4. — C. di P. art. 135 e seg. 449, 459.

CCCLXV. Il presente articolo è una conseguenza di questa verità, che un negoziante non può quasi mai offrire miglior prova della sua solvibilità, che la fama che gode fra quelli con cui esercita la sua professione; ed esigere più di questo sarebbe lo stesso che recare una ferita a quel prezioso patrimonio, ch'è il prezzo della sua fedeltà e della sua buona fede. (*Rapp. al corpo legislat.*) Epperò unitamente a Demiau Crouzilhac, pag. 317, noi crediamo non dipendere dal tribunale di ordinare che la sentenza debba eseguirsi sotto cauzione, e che la parte ha sempre la scelta o di dar la cauzione o di giustificare la sua solvibilità.

1547. *Le sentenze de' tribunali di commercio sono di pieno dritto eseguibili provvisionalmente?*

L'affermativa su questa quistione non ammetteva alcuna difficoltà sotto l'impero della legge de'24 agosto 1790, il cui art. 4, tit. 12, dichiarava che » tutte le sentenze dei tribunali di commercio sarebbero eseguibili provvisionalmente, non ostante appello, a qualunque somma o valore potessero ascendere le condanne ».

Ma l'art. 439 è altrimenti compilato, dichiarando che i tribunali di commercio *potranno* ordinare la esecuzione provvisionale della loro sentenza, non ostante appello e senza cauzione, allorchè siavi documento non impugnato ec, e che negli altri casi, la esecuzione provvisionale non avrà luogo se non a condizione di dar cauzione.

Da questa diversità di redazione, gli autori del pratico, tom. 2, pag. 484, han desunta

infatti implicherebbe contraddizione che la parte la quale avesse istituito un mandatario, fosse diversamente trattata di quando essa non crede dovere far rappresentare.

Del resto la distinzione ammessa rispetto ai tribunali ordinari, tra le sentenze contumaciali di parte, e quelle di patrocinatore, non essendo unicamente fondata sull'obbligo in cui sono le parti di costituire patrocinatore in questi tribunali, non può applicarsi a quelli di commercio, in cui la procedura si fa senza ministero di patrocinatore.

(1) GIURISPRUDENZA.

1. L'art. 439 † 648 e 650 delle leg. di com. non autorizzando a pronunziare l'esecuzione provvisoria e senza cauzione, se non allorchè vi è titolo *non controverso*, non è applicabile quando i biglietti sono impugnati come risultanti da operazioni usurarie. — (*Rennes*, 30 *giugno* 1817).

Nota. *Secondo la decisione di cassazione mentovata nella quistione* 2175 *si osserverà che quella della corte di Rennes non può più essere invocata se non nel senso, che bisogna dar la cauzione, e non già che l'esecuzione provvisoria non possa aver luogo.*

2. La cauzione non è autorizzata per le sentenze contumaciali. — (*Torino*, 1 *feb. e* 14 *settembre* 1813; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 140).

Nota. *Queste decisioni son fondate sul motivo che l'art.* 643 † 507 *del cod. di com. non ha dichiarato applicabile alle sentenze de' tribunali di commercio la disposizione dell'art.* 155 † 249, *ma si è limitato a prescrivere l'esecuzione degli art.* 156, 158, e 159 † 250, 252 a 253. *Noi però non crediamo che ciò sia una ragione sufficiente per seguire questa decisione, attesochè, come diciammo sulla quist.* 78, *relativamente alle giustizie di pace, l'opposizione è sempre sospensiva, se non vi è eccezione formale. Or da una parte la legge non ha fatto alcuna eccezione nell'art.* 439 † 650 *del cod. di com., e dall'altra, se l'art.* 643 *del cod. di com. ha ordinata l'applicazione degli art.* 156, 158 *e* 159, *ciò è stato per togliere le difficoltà elevate sull'applicazione degli art.* 436 † 645 *e* 438 † 647 *delle leg. di com. alle sentenze commerciali.*

3. Le sentenze le quali non fanno che rigettare una declinatoria senza pronunziare alcuna condanna, sono esecutive non ostante appello, e senza cauzione. — (*Roano*, 3 *luglio* 1807; *Sirey*, *tom.* 7, *pag.* 1260.)

4. Il principio secondo il quale queste sentenze sono esecutive provvisionalmente, non si applica al caso di nomina di arbitri scelti tra soci; epperò gli arbitri non potrebbero procedere regolarmente al compromesso, non ostante l'appello dalla sentenza con cui furono nominati; perocchè non appartien loro di pronunziare sulla validità delle loro facoltà; il che farebbero essi almeno indirettamente, se passassero a dar la sentenza. — (*Parigi*, 25 *marzo* 1813; *Sirey*, *tom.* 16, *pag.* 86.)

la conseguenza che il codice di procedura permettendo soltanto ai tribunali di commercio di ordinare la esecuzione provvisionale delle loro sentenze, non le rendeva di pieno dritto esecutive.

Due decisioni, una della corte di Liegi del 29 giugno 1807 (*Sirey*, *tom.* 7, *pag.* 326), e l'altra di Brusselles, de' 9 dicembre 1807, (*Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 154), pronunziarono uniformemente a questa opinione; la prima, di una maniera implicita, decidendo non potere un tribunal di commercio, più che nol poteva un tribunale ordinario, prescrivere, con una seconda sentenza, la esecuzione provvisionale, che non avea pronunziata; la seconda, di una maniera formale.

Ma due altre decisioni, una della corte di Rouen, del 3 novembre 1807 (*Sirey*, *tom.*7 *pag.* 1260) l'altra della corte di Nimes, del 31 agosto 1809 (*Sirey*, *tom.* 10, *DD. pag.* 234), pronunziarono il contrario, sul motivo che le sentenze de' tribunali di commercio, per loro natura, sono eseguibili provvisionalmente, non ostante appello, dando cauzione, e la loro esecuzione provvisionale non ha bisogno di essere ordinata se non quando debbe aver luogo senza cauzione.

Tal' è l'opinione che professava Pardessus, nella sua giurisprudenza commerciale, pag. 627. La disposizione dell'art. 439, egli diceva, sembraci assai imperativa perchè si debba decidere che l'esecuzione provvisionale *con cauzione* ha luogo quand' anche il tribunale non l'avesse ordinata. Pertanto, egli aggiungeva, se siavi titolo non impugnato, ovvero condanna precedente, può ordinarsi la esecuzione senza cauzione, purchè ciò avvenga con la stessa sentenza, e non già con una posteriore. — (*Vedi ancora il corso di diritto commerciale*, *tom.* 5, *pag.* 83.)

Questa opinione è prevalsa nella corte di cassazione, la quale, con arresto dei 2 aprile 1817 (*Sirey*, *tom.* 17, *pag.* 230) spiega come siegue l'art. 439:

» La esecuzione provvisionale non ostante « appello, *coll' obbligo della cauzione*, è di » pieno dritto, tanto per le sentenze dei tribu» nali di commercio, quanto per quelle degli » arbitri forzosi che fanno le loro veci fra so« cii negozianti; perciocchè l'art. 439, auto» rizzandoli, allorchè siavi titolo non impugna» to o precedente contestazione, avverso la qua» le non siasi prodotto appello, ad ordinare la » esecuzione provvisionale, *anche senza cau» zione*, non ha inteso che fuori di questo ca» so e con cauzione, fosse necessario ordina» re la esecuzione provvisionale ».

Conseguita da questa decisione che il silenzio della sentenza sulla esecuzione provvisionale, nei casi diversi da quelli in cui siavi titolo non impugnato o condanna precedente, stabilisce una presunzione legale di doversi dare la cauzione, ed è sufficiente che la si dia perchè si possa eseguire (1).

1548. *Quando una sentenza che ha ordinata la esecuzione provvisionale in una causa in cui non siasi impugnato il documento, non dichiari che abbia luogo senza cauzione, questa omissione equivale forse ad una dispensa?*

La corte di Rennes giudicò la presente quistione per l'affermativa, con decisione de' 29 gennaio 1808, pronunziata nella prima camera, attesocchè ogni sentenza dichiarata eseguibile provvissoriamente, e che non obbliga il creditore a dar cauzione, stabilisce necessariamente una clausola provvisionale *senza cauzione*.

1549. *Un tribunale di commercio che ordina la esecuzione provvisionale della sua sentenza, quantunque siavi un titolo controverso, può dispensare l' attore dal giustificare la sua solvibilità, sotto pretesto che sia una cosa notoria?*

Sull'art. 417†624 l. di com. quist. 1497, noi abbiamo addotto le ragioni che c'inducono a credere che, nella specie di questo articolo, si può decidere che un negoziante giustifichi abbastanza la sua solvibilità con un credito notorio. Ma la corte di Pau, con decisione de' 4 luglio 1087, decise il contrario, nella specie dell' art. 439, attesocchè attestandosi dal tribunale siffatta solvibilità, non si adempie al voto della legge sull' atto di cauzione, ripugnando al buon senso che i giudici nell' adempiere le proprie funzioni, si costituiscano, per dir così, certificatori.

Gli autori del comentario inserito negli annali del notariato, tom. 2, pag. 526, sostennero al contrario, che se la parte a vantaggio

(1) In questo senso vi ha luogo all'applicazione dell' art. 439 † 648 e 650 delle leg. di com. nella specie di una lettera di cambio della quale, colui che l'ha firmata si fosse costantemente riconosciuto debitore. — (*Rennes* 2, *aprile* 1807.)

della quale è pronunziata la sentenza, è nota per godere di una stabilita solvibilità, ciò basta perchè sia adempito al voto della legge, segnatamente quando la somma non è considerevole. Tale opinione è uniforme all'antica giurisprudenza, siccome noi dicemmo sull'art. 417, ma la specie contemplata in questo articolo è ben diversa da quella dell'art. 439. Il sequestro autorizzato in forza del primo non conduce ad una esecuzione se non quando è pronunziata la sentenza; e fino a tal momento non è che una misura puramente conservatoria; ma nel caso del secondo articolo, si può procedere alla vendita. Questa differenza può dimostrare essersi ben giudicato colla citata decisione, senza distruggere la soluzione data sull'art. 417.

Per lo che noi crediamo che ogni qual volta la solvibilità di una parte non è riconosciuta dal suo avversario, il tribunale debbe ordinare che essa la giustifichi, presentando il libro d'inventari che ogni commerciante, uniformemente all'art. 9 † 16 del codice di commercio, è obbligato ogni anno a compilare.

ART. 440 † 651. Leg. di Com. *La cauzione si da con atto notificato nel domicilio dell'appellante, se abita nel luogo della residenza del tribunale, altrimenti nel domicilio eletto in esecuzione dell'articolo 422 † 628 leg. di com. Questo atto dee contenere citazione ad un giorno ed ora determinati a portarsi in cancelleria per avervi comunicazione, senza trasporto dei documenti della cauzione, se vi sia stato ordine di produrli, e per comparire all'udienza ove in caso di controversia si pronunzierà sull'ammissibilità della cauzione* (1).

T. 29 — Ordinan. del 1667, tit. 28, art. 2. e 3 — C. di P. art. 318. — C. C., art. 2011, 2018, 2040.

1550. *La cauzione dee darsi in beni immobili?*

Ciò non è rigorosamente richiesto in materia di commercio, secondo la disposizione dell'art. 2019 † 1891 del codice civile, il quale autorizza a stimare la solvibilità di un fidejussore avuto riguardo a suoi beni mobili.

ART. 441 † 552 Leg. di Com. *Non comparendo l'appellante o non opponendosi alla cauzione, colui che la presta, dee farne la sua obbligazione in cancelleria. Se l'appellante si oppone, la controversia vien giudicata all'udienza nel giorno indicato nella citazione. In ogni caso la sentenza si esegue non ostante opposizione o appello.*

T. 29 — Ordin. del 1667, tit. 28, art. 2, 3 e 4; supra, n. 1547. — C. di P. art. 519 e seg.

ART. 442 † 653. Leg. di Com. *I tribunali di commercio non possono conoscere della esecuzione delle loro sentenze* (2).

Avviso del Consiglio di stato de' 17 maggio 1809. — C. di P. art. 427, 472, 553.

CCCLVI. La legge applica quì a' tribunali di commercio il principio generale secondo il

(1) GIURISPRUDENZA.

L'arresto fatto in virtù di una sentenza che ordina l'esecuzione provvisoria, coll'obbligo di dar cauzione, è nullo, ancorchè siasi data cauzione, se non abbia avuto luogo la citazione prescritta dall'art. 440 † 651 delle leggi di com. per prendere comunicazione de' documenti della cauzione. — (*Parigi*, 20 *ottobre* 1813; *Sirey*, *tom.* 13, *pag.* 129.)

(2) GIURISPRUDENZA.

1. Il tribunale di commercio non può conoscere della validità delle offerte reali e de' depositi in virtù di una sentenza da lui emanata. — (*Parigi* 21 *agosto* 1810; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 239).

NOTA. *Vedi sulla quistione* 1496 *ciò che abbiam detto circa la validità de' sequestri presso terzo.*

2. Allorchè la controversia che sorge sulla esecuzione di una sentenza di questo tribunale deriva, non già dall'oscurità de' termini ne' quali è concepita, ma dalla valutazione de' fatti pe' quali si pretende averla eseguita, il conoscerne appartiene al tribunale civile. — (*Firenze*, 28 *gennaio* 1811; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 363.)

3. Non potrebbe un tribunale ordinario, come giudice di esecuzione di una sentenza del tribunale di commercio, pronunziare l'arresto personale non accordato da questa sentenza sulla dimanda di una delle parti; attesochè se vi fosse stato luogo al detto arresto sulla contestazione portata tra le parti ai tribunal di commercio, non avendolo questo tribunale pronunziato colla sentenza, non vi sarebbe a questo riguardo se non il rimedio dell'appello innanzi al tribunale superiore. — (*Treveri*, 24 *marzo* 1809; *Denevers supp.*, *pag.* 143, *e le nostre quistioni sull'art.* 553.)

4. I Tribunali ordinari non potrebbero soprassedere dalla esecuzione della sentenza de' tribunali di commercio, perciocchè l'art. 1244 † 1197 del cod. civ. non deroga su questo punto all'art. 15, tit. 12 dell'ordinanza del 1873; e se accadesse

quale i giudici di eccezione non conoscono della esecuzione delle loro sentenze (1), e fissando un tal limite alla competenza di questi tribunali, essa li richiama allo scopo della loro istituzione, e fa scomparire tutt' i motivi per allontanarsene.

1551. *Il tribunal di commercio può dichiarare esecutivo, contro gli eredi di un negoziante, la sentenza contro quest' ultimo pronunziata?*

Fondata sul principio che i tribunali di commercio non possono conoscere della esecuzione, la corte di cassazione, con decisione del 5 brumajo anno 12, riportata dagli autori del pratico, tom. 2. pag. 488 e seguenti, avea negativamente pronunziato sulla proposta quistione; ma noi osserveremo che l'art. 876 † 797 rende senza oggetto una cosiffatta decisione, poichè dispone che i titoli esecutivi contro il defunto lo sono del pari personalmente contro l' erede.

1552. *Spetta forse a' tribunali ordinarî o ai tribunali di commercio conoscere della vendita de' navigli sequestrati, anche in forza di sentenza da questi ultimi pronunziata?*

Spetta ai tribunali ordinarii. — (*Vedi l' avviso del Consiglio di stato, del 29 aprile 1009, approvato ai 17 maggio seguente*) (2).

ch' essi pronunziassero la sospensione, il creditore potrebbe, senza tener conto della loro sentenza, continuare le procedure di dritto. — (*Colmar 12 frimaio anno 14; Sirey, tom. 6 supp. pag. 523.*)

Nota. *Noi osserviamo che questa decisione applicasi a tutt' i casi, non ostante la distinzione da noi fatta nella quist. 522, attesochè relativamente a quelli ne' quali l' art. 1244 può ricevere la sua applicazione anche nelle materie commerciali, l' art. 122 † 216 vuole che sia pronunziata la sospensione colla sentenza stessa che pronunzia sulla controversia: donde segue che non apparteneva se non al tribunale di commercio di accordare questa sospensione nel pronunziare la sentenza.*

5. Del resto la disposizione dell' art. 142 † 234 non si applica all' esecuzione delle sentenze preparatorie ed interlocutorie, ma soltanto a quella delle sentenze diffinitive. — (*Parigi, 18 dicembre 1812; Sirey, tom. 13. pag. 287.*)

(1) Vedi il nostro Trattato delle leggi organiche e di competenza, lib. 2, tit. 3, e lib. 3, tit. 4, cap. 2.

(2) Ma il tribunale di commercio il quale ha dichiarato il fallimento, conosce del merito degli atti di amministrazione fatti da' sindici provvisorî. — (*Firenze, 13 marzo 1811; Sirey, tom. 14, pag. 363.*)

NOZIONI PRELIMINARI.

Sopra i libri 3 e 4, relativi a' modi d' impugnar le sentenze.

Garentendo la legge a' cittadini una giustizia eguale e completa, dovea per conseguenza riserbar loro un efficace ricorso contro l'errore o la ingiustizia delle decisioni dei magistrati.

Tal' è, in generale, l' oggetto delle disposizioni del codice risguardanti i diversi modi concessi per impugnar le sentenze.

Essi si distinguono in *mezzi ordinarî* ed in *mezzi straordinarii*. Gli ordinarii sono *l'opposizione e l' appello*, perocchè possono adoperarsi *contro qualunque sentenza e per qualunque causa di nullità, errore o ingiustizia*, purchè però, relativamente alla prima, sia stata *pronunziata in contumacia* (3), e rispetto al secondo, esso sia stato o ha dovuto essere pronunziato *in prima istanza* (4).

I mezzi straordinarî, sono la *opposizione di terzo*, il *ricorso per ritrattazione di sentenza*, la *presa a parte* (5) ed *il ricorso per annullamento* (6). Chiamansi mezzi straordinarî, perciocchè possono adoperarsi soltanto in talune circostanze espressamente dalla legge determinate, fuori le quali la sentenza non potrebb'essere nè modificata nè distrutta.

Vi ha una regola generale su queste diverse specie di ricorso.

1. Che non si possono cumularne due nel tempo stesso; così per esempio, non si può simultaneamente ricorrere per mezzo di opposizione, di appello o di ricorso per ritrattazion di sentenza;

(3) Noi abbiam parlato dell' *opposizione*, tom. 1, pag. 237; e tom. 1, pag. 369, 392 e seg.

(4) Vedi, sulle circostanze in cui vi è luogo a pronunziare, sia in primo che in ultimo grado di giurisdizione, lib. 2, tit. 4, e lib. 3, tit. 5.

(5) Faremo in seguito rimarcare ne' preliminari del lib. 4, che la presa a parte non è, propriamente parlando, un mezzo per attaccare le sentenze, ma solamente un attacco indiretto, il cui effetto è tutt' altro che la riformazione della sentenza impugnata.

(6) Non contenendo il Codice di procedura alcuna disposizione sù mezzi straordinarî della cassazione, noi non ce ne siamo occupati, potendosi all' oggetto consultare le opere di Pigeau e Berriat-Saint Prix.

2. Che i mezzi straordinarii essendo concessi soltanto in mancanza dei mezzi ordinarii e questi in mancanza l' uno dell' altro, non si può, allorchè si ha il mezzo della semplice opposizione, ch' è *ordinario*, avvalersi della opposizione di terzo, del ricorso per ritrattazione di sentenza o per annullamento; del pari che non potrebbesi, finchè è ammessibile la opposizione, far uso dell' appello. — (*Cass.*, 11, *frimajo*, *anno* 11, *Sirey*, *tom.* 4, *part.* 2, *pag.* 23.)

LIBRO III.

DELLE CORTI REALI (1)

TITOLO UNICO

Dell' appello e sua istruzione (2).

Un tribunale non può distruggere nè modificare la sua sentenza, per quanto fossero evidenti le nullità o gli errori da esso commessi (3). Ricorrere presso un magistrato superiore è dunque il solo mezzo legale che possono adoperare le parti, per far annullare o riformare le sentenze di cui esse hanno a dolersi.

Questo mezzo si è appunto *l'appello*, che si definisce il reclamo ad un giudice superiore contro la sentenza renduta da un magistrato inferiore.

Esso ha per oggetto di far annullare, riformare o modificare siffatta sentenza per ragion d' incompetenza, irregolarità, omissioni, errori o ingiustizie (4), o in termini pratici, *per nullità*, *torti e gravami* (5).

Esso compete contro *qualunque specie di* sentenza che il giudice avesse pronunziata, o avesse potuto pronunziare in primo grado di giurisdizione, ancorchè l' avesse qualificata come inappellabile (*Art.* 453 † 517). In ciò la nostra legislazione differisce da quella dei Romani, la quale non ammetteva l'appello da una sentenza interlocutoria se non quando il gravame era irreparabile nella diffinitiva. Solamente è da osservarsi che con tale gravame non si procede validamente contro le sentenze contumaciali, se non dopo il termine per la opposizione (*art.* 455 † 519), e contro le sentenze preparatorie, se non dopo le sentenze diffinitive (451 † 515).

Esso è ammissibile in qualunque caso, allorchè trattasi d' incompetenza (art. 454 † 518); però salvo qualche eccezione risguardo alle sentenze interlocutorie (*ved. sull' art.* 451) potendo esser dichiarate irricettibili, allorquando la sentenza avesse acquistata l' autorità della cosa giudicata, sia perchè decorso il termine, sia per l' acquiescenza espressa o tacita — (*Ved. appresso le quistioni trattate sull' art.* 444 † 508).

Non ogni persona a cui la sentenza arreca pregiudizio è indistintamente ammessa ad interporre appello, qualora non abbia avuto parte nel giudizio, o per lo meno se non ha dritto ad intervenire in causa in grado di appello. (*Ved. le quistioni di dritto alla parola* appello, *ed appresso sull' art.* 466, § 2).

(1) Vedi la nota 1, pag. 158.

(2) Vedi la legge de' 24 agosto 1790, tit. 4 e 5; 3 brumaio anno 2; 17 vendemiale e 26 ventoso anno 4; 27 ventoso, anno 8, art. 7 e 22, e art. 577 e 391 a 396 † 667 a 484 a 489; *appresso* gli art. 666, 669, 723, 726, 730, 734, 736, 809, 881, 1010, 1023 † 749, 752, 808, 811, 815, 818, 820, 892, T, 1086, 1099.

(3) Vedi il nostro Trattato delle leggi d' organizzazione e di competenza, art. 15 † T.

(4) Da ciò nasce la definizione che Ermogene diede dall'appello, ff. lib. 4. tit. 4. l. 17: *Appellatio est iniquitatis sententiae querela.*

(5) I Romani riconoscevano talmente le nullità di dritto, che la sentenza la quale fosse macchiata da siffatto vizio non poteva aver forza di cosa giudicata, e non avea bisogno di esser rivocata per mezzo dell' appello. Ma queste nullità non vennero ammesse dall' antica nostra giurisprudenza nè dalla nuova, poichè una sentenza anche potentemente nulla debb' essere impugnata per mezzo dell' appello innanzi al giudice superiore. Così, per esempio, se il foglio di udienza e la spedizione portino il nome di un giudice il quale non fusse concorso a pronunziare la sentenza: se in somma, si tratti di nullità radicali che noi abbiam fatto conoscere, comentando gli art. 138 † 230 e 141 † 233 non si potrebbe ricorrere ai primi giudici, affinchè, proferendo una novella sentenza, ne riparino la nullità. Queste dottrina è certa; ed è non solo attestata da tutti gli scrittori, ma eziandio fondata su molte decisioni della corte di cassazione — (*V. Perrin nel Trattato delle nullità, pag.* 138; *Berriat-Saint-Prix. p.* 406, *not.* 11; *Il nuov. Repert. alla* parola appel. *sez.* 1. § 5, *t.* 1, *p.* 243, 3, *ediz. e sull' art.* 443 † 503 *la quist.* 1562.)

E ciò, come osserva Berriat Saint-Prix alla pag. 413, costituisce una modificazione che la regola di due gradi di giurisdizione, e la disposizione dell' art. 464 † 528, apportarono agli antichi principî, secondo i quali bastava, per interporre appello da una sentenza, l' aver interesse di farla correggere — (*V. il nuovo Denisart, alla parola* appello, § 5)

Distinguonsi due specie di appelli, l' appello principale e l' appello incidente (1).

L' APPELLO PRINCIPALE è quello che viene primamente interposto dalla parte succumbente in prima istanza, sia su tutt' i punti della contestazione, sia soltanto su qualcuno di essa; d' onde conseguita che non è il numero o il valore delle disposizioni impugnate che caratterizzano un *appello principale*, ma sibbene unicamente l' anteriorità del gravame.

In una parola, avviene per l' appello, lo stesso di quello che accade per una dimanda principale, val dire il primo appello formato contro una sentenza, del pari che la *dimanda principale*, addiventa il primo reclamo prodotto in giudizio contro un oggetto qualunque. — (*Ved. sopra, art.* 206). Per contropposto all' *appello principale* denominasi *appello incidente* quello il quale nel corso della istanza introdotta per ottener la sentenza, viene accessoriamente prodotto da una delle parti, sia contro una sentenza che le si oppone, o da cui vorrebbesi tirar vantaggio, sia contro quelle disposizioni che le sarebbero contrarie nella sentenza da cui il suo avversario ha di già appellato, sia infine contro le sentenze posteriori a quella che forma l' oggetto dell' appello principale.

Quando *l' intimato* (2) appella incidentemente dalla stessa sentenza, per non esser state le sue conclusioni interamente ammesse dinanzi al primo giudice, il suo appello denominasi appello *a minima*, perciocchè egli conchiude *a minima ad majorem summam* (3).

Allorchè il medesimo nel corso del giudizio interpone appello dalle sentenze posteriori, questo nuovo appello chiamasi *appello inerente*, perchè è unito, ligato, per dir così, al gravame anteriormente prodotto. Esso ha luogo quando appellasi da ciò che venne pronunziato in seguito alla prima sentenza, ovvero da una seconda sentenza la quale tende a confermare la prima, o a procurarne la sua esecuzione.

Di tutte queste specie di appelli incidenti, quello che forma *l' intimato*, o sia la parte appellata contro la sentenza impugnata, è il solo che possa interporsi in qualunque stato di causa; gli altri, dopo spirato il termine, sarebbero inamissibili. — (*Vedi appresso l' art.* 443 *e le quistioni di dritto alla parola* appello, §. 9)

L' appello interposto in tempo utile produce due effetti;

(1) La soppressione delle giurisdizioni ecclesiastiche e la disposizione dell' art. 461 † 526, (*v. appresso le nostre quist. su questo art.*) hanno reso senza oggetto le distinzioni che anticamente facevansi tra l' appello *a motivo di abuso* e l' appello *ordinario*, le appellazioni *verbali* e le appellazioni *scritte*.

L' APPELLO A MOTIVO DI ABUSO era il ricorso al parlamento contro dell' abuso che le giurisdizioni ecclesiastiche, o in generale, qualunque potestà ecclesiastica, secolare o regolare, avea fatto del suo potere. Questa materia presentava una moltitudine di quistioni singolarmente spinose, la cui minor parte occupa il terzo di un volume nei *Principî* di *Duparc-Poullain*, i quali peraltro non formano che un' opera elementare (*V. il nostro trat. del gov. delle parrocchie, pag.* 119.)

L' APPELLAZIONE VERBALE era quella che interponeasi avverso le sentenze profferite dietro semplice discussione all' udienza; e *l' appellazione per iscritto* quella che interponeasi avverso le sentenze pronunziate dietro appuntamento di scriversi e produrre. Quest' ultima istruivasi di pieno dritto per iscritto, mentre oggi, ai termini dell' art. 461 † 525, il giudice di appello può ordinar tale istruzione dopo le aringhe.

(2) Dicesi *appellante* colui che interpone l' appello principale, ed *intimato* quello contro del quale l' appello è diretto. Essi sono riguardati nel giudizio di appello, come l' attore ed il convenuto in prima istanza. La parola *intimato* deriva dal latino *intimare, dichiarare, denunziare, far conoscere*, ed applicasi alla parte convenuta in appello; perchè questo ricorso le vien *dichiarato, denunziato, notificato*. *L' intimato* che appella incidentemente si qualifica per *appellante incidentemente*, e l' appellante principale prende allora la qualità *d' intimato incidentemente*.

(3) Questa qualificazione di appello *a minima* non era in uso in Brettagna; ma adopravasi altrove per indicare l' appello interposto dal ministero pubblico, le cui conclusioni non erano state intieramente adottate. Egli allora appellava *a minima ad majorem poenam*; siccome lo fa oggi nelle materie di polizia correzionale. Chiaro si scorge che la denominazione data a questo appello conviene precisamente all' appello incidente interposto in materia civile dalla parte, la quale non ha ottenuto tutto ciò che pretendeva.

1. Sospende l' esecuzione della sentenza impugnata, purchè non sia eseguibile provvisoriamente. — (*Vedi, sopra, art.* 135 *e* 439 + 226 *e T, ed appresso* 457 *e* 460 + 521 *e* 524.)

2. Richiama in discussione dinanzi il giudice superiore la sentenza profferita da quello inferiore.

Sotto il primo rapporto dicesi *sospensivo*, sotto il secondo *devolutivo*, perciocchè la contestazione è devoluta e deferita al tribunale di appello, in maniera che, se sopraggiunge qualche cosa per decidersi provvisoriamente, a questo tribunale spetta conoscerne.

Ma il gravame devolutivo cessa dal momento che il giudice di appello ha confermato la sentenza, e la giurisdizione ritorna al primo giudice per lo prosieguo e per la esecuzione della stessa sentenza.

Che se, all' opposto, la sentenza è riformata, il giudice di appello ha la libertà o di riservarsi la esecuzione, o di delegarla ad altro tribunale diverso da quello che ha pronunziato la sentenza. (Art. 472+536.)

Ma ogni qual volta l' appello vien prodotto contro una sentenza interlocutoria, ovvero dà luogo a decidere soltanto quistioni di nullità o di competenza, i giudici di appello possono, se l' annullano e la riformano, pronunziare nel merito se sia nello stato di esser deciso. (Art. 473 + 537.)

Questo dritto di *evocar* la causa (1) che il nostro codice ha reso *facultativo*, nel mentre che costituiva, secondo l' antica legislazione, una obbligazione pel giudice di appello di pronunziare sul merito della causa rimasta indeciso in prima istanza, prova che in generale l'effetto di un appello, unicamente fondato sulla incompetenza o la nullità, è di poca importanza, se non si è sicuro di giustificare il buon dritto nel merito. In siffatta circostanza l' appello non produrrebbe il più delle volte che il risparmio di qualche spesa di prima istanza, poichè il giudice superiore., *pronunziando una novella sentenza*, pronunzierebbe come pronunziar dovea il primo giudice.

Per la qual cosa i motivi di appello, relativamente al rito, non van considerati, quando trattasi di consigliare un appello, che come secondari; ed allorchè concorrono con quelli sul merito.

È chiaro, da quanto abbiam detto, 1. che la decisione annulla totalmente la sentenza che rivoca, addivenendo una legge irrevocabile tra le parti, salvo sempre il ricorso in cassazione, il quale non sospende la esecuzione, (*Legge del* 1. *dicembre* 1790, *art.* 16.)

2. Che nel caso in cui la sentenza è confermata, riprende tutta la sua forza in risguardo alle parti, salvo ancora il detto ricorso contro la decisione confermativa.

Tale si è la dottrina del codice di procedura in rapporto agli appelli. Basta paragonarne le disposizioni con le regole della giurisprudenza antica, per conoscere l' importanza de' miglioramenti introdotti in siffatta materia. L' ordinanza del 1667 non avea interamente raggiunto lo scopo da' suoi scrittori propostosi, di semplicizzare le antiche forme; dessa medesima presentava la più imbarazzante complicazione di quelle che proponeva, e dall'altra banda, i regolamenti e le consuetudini locali ammettevano regole particolari, ora addizionali ed ora derogatorie a siffatte disposizioni.

La soppressione della differenza nella maniera di procedere sugli appelli verbali e su quelli per iscritto, su gli appelli qualificati incompetenti per denegata rimessione, e la soppressione degli appelli *anticipati*, e delle *diserzioni* di appello, che non impedivano un novello appello: da un altra parte, l' uniformità de' termini di procedura, altra volta suscettibili di tante variazioni, per quanti erano, per dir così, i diversi tribunali, e finalmente quella delle regole sulla perenzione . . . . tali sono, fra molti altri, i vantaggi dovuti alla promulgazione del novello codice (*) (2).

(1) *L'Evocazione* dal latino *evocare*, *far venire*, *attirare*; consiste nell' attribuire ad un giudice una causa, la cui cognizione apparteneva ad un altro. Le nostre leggi attuali ammettono l' evocazione, solo nel caso di remissione per motivo di pubblica sicurezza o di legittima sospezione, o nel caso *d' indicazione* del giudice, ed in quello riportato nell' art. 473 + 537. (*V. il nostro trat. delle leggi di org. e di comp.*, *pag.* 40 *e seg.*)

(*) Nel mentre le leggi francesi, in quanto agli appelli, han rettificata l' antica legislazione, le nostre l' han maggiormente perfezionata, seguendo presso a poco le regole medesime, ed aggiungendo un miglioramento sulle sentenze interlocutorie. Per lo che, in generale, le teoriche del nostro A. vanno intese ed applicate nel modo stesso, eccetto alcune modificazioni che andremo a mano a mano indicando.

(2) Bisogna riflettere che tutte le disposizioni contenute nel lib. III. sono applicabili non solo

Art. 443 † 507. *Il termine per appellare è di tre mesi. Nelle sentenze profferite in contraddittorio, il termine decorre dal giorno della loro notificazione fatta a persona o a domicilio.*

Nelle sentenze profferite in contumacia, dal giorno in cui è scaduto il termine fissato per formare opposizione.

L' intimato potrà non ostante interporre incidentemente l' appello in qualunque stato della causa, quando anche egli avesse notificata la sentenza senz' alcun protesto (*) (1).

T. 176 — Legge del 24 agosto 1790, tit. 5, art. 14. — C. di Commercio, art. 52, 645, 648— C. di P. art. 16, 446, 894, 1035, 1033.

CCCLXVII. Due eccessi erano egualmente da evitarsi nel fissare il termine per appellare, per le corti reali le quali giudicano gli appelli dei tribunali civili ordinari e di commercio; ma eziandio nel tribunali di prima istanza che pronunziano sogli appelli dalle giustizia di pace; ed appunto questa è la ragione per la quale questo libro era intitolato nella prima edizione dei *tribunali di appello*, e non delle *corti*, come si è praticato nella seconda edizione pubblicata in virtù, dell' ordinanza del Re. Tale cangiamento di titolo proviene da una mancanza di attenzione, poichè ciò sarebbe stato regolare, qualora le disposizioni concernenti l' appello fossero state esclusivamente proprie delle *corti reali*, il che non è, secondo la spiegazione che testè ne abbiam data.

(*) Questo articolo, ch'è relativo a' termini per appellare, corrisponde perfettamente all' art. 507 delle nostre ll. di. pr. civ., se non che nel nostro trovasi aggiunto, ad oggetto di frenare gli appelli cavillosi, la seguente disposizione: « Per le opposi- » zioni e per le ammende il disposto nell' art. 243 » pei tribunali civili sarà applicabile alle gran Cor- » ti Civili. Potrà in oltre la gran Corte secondo » la circostanze aumentare le dette ammende del » doppio ed anche del triplo. »

(1) GIURISPRUDENZA.

1. Il precetto fatto in virtù di una sentenza, la cui copia è nel tempo stesso rilasciata alla parte condannata, equivale all' atto di notificazione di questa sentenza, e fa decorrere il termine tanto dell' appello, quanto di ogni altro ricorso. (*Cassazione*, 19 *nevoso*, *anno* 12; *Sirey t.* 4, *part.* 2, *pag.* 59.)

Nota. *In effetti la parola* notificare *non è necessaria; essendo sufficiente un atto legalmente fatto per dare alla parte notizia della sentenza.*

2. Una notificazione fatta ad istanza di un individuo colpito da morte civile, non farebbe decorrere il termine ad appellare; perciocchè è principio di dritto che tal individuo è incapace di esercitare gli atti i quali hanno il lor fondamento nel diritto civile, come sono le citazioni, le domande giudiziali, e le notificazioni. (*Cassaz.* 23 *nov.* 1808: *Sirey t.* 9, *pag.* 44.)

3. Allorchè è incominciato il giudizio di appello dietro notificazione irregolare, una notificazione valida fatta dall' intimato senza desistere dalla prima, non produrrebbe alcun effetto. (*Decis. della Corte di Treveri del* 6 *maggio* 1812; *Giornale dei patrocinatori*, *t.* 3, *pag.* 360.)

4. La notificazione di una sentenza ai sindaci o direttori di una riunione di creditori non fa decorrere il termine ad appellare contro ciascuno dei creditori uniti. Questo principio è consacrato da una decisione della corte di Cassaz. degli 11 termidoro, anno 12, citata dal Merlin, nel *Rep.* pag. 199, e riportata colle sue conclusioni nelle sue *quistioni di dritto*, alla parola *unione de' creditori*.

Nota. *Questa decisione stabilisce inoltre che la notificazione di cui si tratta, non fa decorrere il termine contro dei creditori i quali non avessero acceduto al contratto di unione, o coi quali questo contratto non fusse stato omologato.*

5. La notificazione della sentenza che pronunzia una condanna contro del marito, separato di beni dalla moglie, non fa decorrere il termine ad appellare contro a costei, quando siasi fatta al solo marito, attesocchè per far decorrere il termine era necessario in tale circostanza che la sentenza fusse stata notificata particolarmente alla moglie, sì perchè i suoi interessi non erano comuni col suo marito, come perchè costui non era l' amministratore. (*Parigi*, 13 *giugno* 1807 *nella Giurisprudenza delle corti sup. t.* 1, *pag.* 300.)

Nota. *Del resto, è regola generale che la notificazione fatta al marito fa decorrere il termine contro la moglie in quelle cause in cui egli può procedere solo per lei; mentre che dev' esser fatta ad ambedue allorchè debbono procedere unitamente.*

Noi pertanto crediamo che la decisione della corte di Parigi è giustificata da quelle citate nella pag. 215, *tom.* 1, *nota* 13.

6. La notizia di una sentenza condannatoria che una parte può avere per ogni altro mezzo diverso dalla notificazione regolare, non fa decorrere contro di essa i termini per prodorne gravame. Perciò, allorchè non vi è stata notificazione, la parte che interpone appello, facendo in tal modo conoscere d' aver notizia della sentenza, se questo appello è dichiarato nullo, è autorizzata ad appellare di nuovo, ancorchè il termine di tre mesi sia decorso, computandolo dal giorno del primo appello. (*Cassaz.* 15 *aprile* 1819; *Sirey t.* 20, *pag.* 470.)

7. I giudici che conoscono di un appello interposto dopo il termine, non possono fondarsi sopra mezzi dedotti dal merito, per dichiarare ammissibile l' appello; per esempio, una corte reale innanzi a cui fu troppo tardi interposto un ap-

val dire la brevità e la lunghezza. Colla prima si va incontro alle sorprese, alle omissioni, alle ingiustizie irreparabili; coll'altra, prolungasi all'infinito l'incertezza de'litiganti, le cau-

pello non può dichiararlo ammissibile, fondandosi sulla irregolarità della notificazione della sentenza da cui si appella, irregolarità risultante dalla mancanza di qualità nell' autore della notificazione, allorchè costoi d' altronde ha proceduto nella qualità attribuitagli dalla sentenza. (*Angers*, 11, *aprile* 1821; *Sirey t.* 22, *pag.* 135.)

8. Allorchè una sentenza venne notificata a due parti, coll' ordine di soddisfarvi in tutte le sue disposizioni, questa notificazione, che serve a preparare l'esecuzione, è un' acquiescenza, una rinunzia a prodorne appello principale; nè resta allora che la facoltà dell' appello incidente pel caso in cui le parti, alle quali fu fatta la notificazione, interpongano appello principale.

La parte la quale ha provocata la esecuzione della sentenza, non può produrre appello se non che secondo la misura e la estensione dell' appello principale. Se dunque vi è appello principale dal canto solo di una delle parti, le quali sono state intimate ad eseguire, l' appello incidente dabb' essere ristretto al capo ch' è relativo ai dritti della parte appellante, ma non è ammissibile rispetto al capo relativo e quello delle due parti che non è appellaute. (*Cassaz.*, 27 *giugno* 1820; *Sirey t.* 21, *pag.* 4.)

9. L' appello, quantunque sottoposto alla legge del tempo in cui si produce, per quanto risguarda la forma, è poi sottoposto alla legge del tempo in cui è stata pronunziata la sentenza, per quanto risguarda i termini. Perciò l' appello da una sentenza contumaciale, pronunziata sotto l' impero della legge del 24 agosto 1790 (*ved il Comm. dell' art.* 443 † 507), è ammissibile durante dieci anni da computarsi dalla sua notificaziona: poco importa essersi fatta tale notificazione e che l' appello sia stato interposto dopo la pubblicazione del codice di procedura. (*Cassaz.* 1 *marzo* 1820; *Sirey t.* 20, *pag.* 228.)

10. L'art. 645 † 655 del codice di commercio avendo fissato le regole da seguirsi rispetto agli appelli dalle sentenze dei tribunali di commercio, e che sono scritte in questo articolo soltanto, ne segue che l'art. 443 † 507 del codice di procedura regola gli appelli nella sola materia civile senza esser comone alle materie commerciali; da un altro canto gli art. 156 † 250, 158 † 252, 159 † 253 di quest' ultimo codice dispongono per le sole opposizioni. Perciò ai termini dell' ultimo §. dell' art. 645 del codice di commercio, l' appello dalle sentenze dei tribunali di commercio è ammissibile fintanto che le parti sono ancora nel termine della opposiziona, a differenza di quello delle sentenze pronunziate dai tribunali civili ordinari. (*Cassaz.*, 14 *febbraio* 1817; *Sirey t.* 17, *pag.* 272.)

11. Se le parti fanno un compromesso dopo una sentenza pronunziata in prima istanza; i termini ad appellare avverso questa sentenza non decorrono durante il compromesso. (*Riom*, 4 *agosto* 1818; *Sirey t.* 19, *pag.* 38.)

12. Ma se durante questo intervallo di tempo uno degli arbitri avesse desistito, e *tale desistenza non fosse stata notificata* alla parte la quale avesso vinta la causa colla sentenza su di cui cadde il compromesso, questa circostanza non sarebbe un motivo per decidere che il termine ad appellare dalla sentenza è stato sospeso, e conseguentemente non autorizzerebbe la parte appellata ad opporre una eccezione d'inammissibilità contro l' appello, prodotto nei tre mesi dalla notificazione della sentenza dalla parte alla quale apporterebbe pregiudizio. (*Cassaz.* 24 *dic.* 1817; *Sirey t.* 18, *pag.* 141).

13. L'appello da una sentenza pronunziata sulla opposizione di terzo è ammissibile nel termine ordinario di tre mesi, ancorchè la sentenza contro cui la detta opposizione era diretta, avesse pronunziato su di una domanda di separazione di beni immobili pignorati, ed ancorche per conseguenza l' appello da questa sentenza possa solo interporsi entro quindici giorni, ai termini dell' art. 730 † 815. (*Nimes*, 24 *agosto* 1810; *Sirey t.* 12, *pag.* 29.)

14. Allorchè, dietro un' azione personale principale, il convenuto ha chiamato un garante in causa, pronunziandosi sentenza che condanna il detto convenuto, *ed assolve il garante*, l' attore originario dee interporre appello principale avverso quest' ultima disposizione, se ha interesse a farla rivocare, non essendo sufficiente, dietro l'appello del convenuto principale, l'interporre incidentemente appello contro di lui per ciò che riguarda la detta disposizione. (*Cass.* 1 *agosto* 1820: *Sirey*, *t.* 21, *pag.* 301.)

Nota: *In effetti, la mancanza di appello principale da parte dell' attore principale contro del garante col quale si è discussa la causa, costituisce un' acquiescenza allo sentenza pronunziata contro detto garante, e l' autorità della cosa giudicata forma un mezzo d' inammissibilità per ciò che risguarda la disposizione con cui il medesimo è assoluto.*

15. Allorchè di due parti litiganti, l' una interpone appello avverso una disposizione accessoria, per esempio, avverso di quella che compensa le spese, e l'altra appella dalla decisione pronunziata sul merito, l' ultimo appello dee qualificarsi per incidente, importando poco, che l' appello così qualificato versi sulla disposizione principale della sentenza o su di una disposizione accessoria; perciocchè colui che interpone il primo l' appello da una disposizione qualunque, vien riputato dalla legge appellante principale. (*Colmar* 20 *feb.* 1820; *Sirey*, *t.* 20, *pag.* 177).

Nota. *Questa decisione uniforme alla definizione*

sa non hanno più un termine, e si trasmettono da generazione in generazione come una eredità.

Quasi tutte le legislazioni inciamparono nell' uno o nell'altro estremo. Nel novero di quelli che ammettono un termine troppo breve, noi citeremo il dritto romano (1), il quale accordava dieci giorno, a contare da quello della pronunziazione; regola adottata con qualche modificazione nel codice prussiano, e nelle costituzioni sarde.

La nostra antica giurisprudenza fornisce un esempio dell' eccesso opposto. Pria dell' ordinanza del 1667, il termine per appellare era di trent' anni; applicavansi al ricorso dalla legge concesso contro le sentenze, i principî ricevuti in materia di prescrizione (2). Poscia la detta ordinanza li ridusse a dieci anni, fa-

da noi data dell' appello principale nei preliminari di questo titolo, è importante, a motivo che non si può opporre a colui, il cui appello è qualificato per incidente, ch' egli abbia fatto trascorrere il termine o che non abbia notificato il suo atto di appello alla persona o al domicilio.

16. Allorchè un atto, un testamento, per esempio, è impugnato per due o più cause di nullità, delle quali i primi giudici ne ammettono una soltanto, dichiarando le altre mal fondate, l'attore, parte appellata, dee interporre incidentemente appello dalle disposizioni le quali hanno rigettate le altre cause; altrimenti, qualora la corte di appello rigetti la nullità ritenuta dai primi giudici, non è più ammesso a querelarsi di non essersi pronunziato sul merito della nullità, che il giudice di prima istanza avea dichiarato mal fondate. (*Cassaz.* 15 *giugno* 1816; *Sirey*, t. 17, *pag.* 158.)

17. Se la parte condannata in contumacia per mancanza di costituziona di patrocinatore, non siasi rendata opponente, il termine ad appellare decorre contro di essa dal giorno in cui è terminata l' esecuzione. (*Rennes*, 19 *novembre* 1813).

18. Si può appellare da una sentenza contumaciale, anche dopo la sentenza profferita in contraddittorio, la quale avesse dichiarato non ammissibile l' opposizione prodotta contro la prima, e senza aver bisogno d' interporre appello dall'altra. Questa decisiona è fondata sul motivo che la seconda sentenza soltanto pronunzia su di un punto di procedura, a non risguarda in alcuna maniera il merito della causa, nè coi suoi motivi, nè colla sua dispositiva. (*Cassaz.* 25 *giugno* 1811 *Sirey* t. 11, *pag.* 241).

19 Dal pari, contro l'appello da una prima sentenza contumaciale non si può opporre come mezzo d' inammissibilità, che la parte non abbia appellato da una seconda sentenza egualmente pronunziata in contumacia. (*Rennes*, 19 *novembre* 1833).

20. L' appello incidente è soltanto permesso all' intimato, e debb' essere relativo ad una sentenza avverso la quale siasi già interposto appello principale. (*Cassaz.* 24 *maggio* 1814 e 18 *luglio* 1815; *Sirey* t. 14. *pag.* 258, e t. 15, *pag.* 383),

21. L' appello incidente può interporsi per mezzo di conclusioni verbali proposte nell' udienza, senza alcuna precedente notificazione. (*Brusselles* 14 *dicembre* 1812; *Giorn. dei patrocinatori tom.* 7. *pag.* 361).

Nota. *Questa decisione è fondata sul motivo che l' appello incidente può essere interposto in ogni stato della causa, il che esclude in effetti la necessità di una precedente notificazione. A noi però sembra prudente cosa il rinnovare almeno questo appello con atto di patrocinatore a patrocinatore, essendo necessario che esista nella procedura un atto che lo comprovi. Perciò non basta l' adesione di una parte all' appello prodotto da un' altra; ma vi bisogna un' atto espresso, perchè questo appello sia validamente interposto.* (*Rennes* 4 *ottobre* 1811.)

[22. La notificazione delle sentenze dei tribunali di commercio al domicilio eletto in conformità dell' art. 422 del Codice di procedura non fa decorrere il termina di appello. — (*Brusselles*, 25 *aprile* 1821, *Giurisprudenza di detta Corte*, *anno* 1821, *vol.* 1, *pag.* 193.)]

[23. Un primo appello incidente sopra uno dei capi della sentenza, non può considerarsi come un' acquiescenza agli altri capi, e non rende in conseguenza inamissibile un secondo appello incidente in quanto ai detti altri capi — (*Brusselles*, 5 *novemb.* 1823, *Ann. di Laporte*, *anno* 1824, *vol.* 2, *pag.* 459)]

[24. Non può più prodursi l' appello incidente dopo aver conchiuso per la conferma della sentenza. — (*Brusselles*, 10 *ott*, 1823, *Ann. di Laporte*, *anno* 1824, *vol.* 2, *pag.* 459)]

[25. La notificazione di una memoria sull' appello, in cui dimandasi la conferma della sentenza, ha, nelle cause demaniali, lo stesso effetto della opposizione alle qualità, e rende inammissibile l' appello incidente. (*Brusselles*, 15 *maggio* 1822, *annalli di Laporte*, *anno* 1822, *vol.* 2, *pag.* 290.)]

[26. La conclusione per la conferma della sentenza, sotto riserva di dare in appresso quella conclusioni che si crederanno opportune, non rende l' appello incidente, prodotto in seguito, inammissibile. (*Liege*, 7 *luglio* 1824, *anno* 1824, *vol.* 2, *pag.* 61.)]

(1) Novella 23. § 1.

(2) Vedi la confutazione di questo sistema ne' motivi esposti nel titolo dell' appello dal nostro rispettabile compatriota Bigot di Préameneu, edizione di F. Didot, pag. 128.

cendo in pari tempo una eccezione in favore di colui che, avendo ottenuto la sentenza, avesse fatto al suo avversario una intimazione ad appellare — (*Vedi il tit.* 27, *art.* 12 *e seg.*)

L' assemblea costituente, nella legge del 24 agosto 1790, tit. 5, art. 14, seppe guardarsi da ogni esagerazione, accordando, per l' appello dalle sentenze, un termine di tre mesi, a contare dalla loro notificazione; ma siffatta legge non applicava la sua disposizione che alle sentenze pronunziate in contraddizione, tacendosi per quelle rendute in contumacia. Epperò l' ordinanza e gli antichi regolamenti sul termine per appellare dalle sentenze di quest'ultima classe continnarono ad osservarsi.

Il nostro codice ha messo un fine a siffatta diversità di legislazione, fissando il termine per appellare a tre mesi per qualunque sentenza, sia in contraddizione che in contumacia; disposizione che ha meritato quello stesso consenso unanime, concesso alla legge del 1790, sul motivo che basta questo corso di tempo per deliberare, se debbesi interporre appello, e prepararvisi, nè d'altronde è così lungo da prodnrre una incomoda incertezza (1).

È da osservarsi che il termine per appellare dalle sentenze contumaciali decorre dal giorno in cui l' opposizione addiventa irricettibile. Si è dovuto, dice Bigot di Préamenen badare non solamente al tempo necessario per l' appello, ma ancora prendere particolari precanzioni, onde la parte condannata ne avesse conoscenza; or, questo doppio oggetto fu raggiunto mercè la seconda disposizione dell' art. 443, perciocchè, secondo un' altra disposizione del codice, (*vedi gli art.* 157 *e* 158 † 251 *e* 252) l' opposizione contro le sentenze contumaciali è ammissibile durante otto giorni, a contare dalla notificazione al patrocinatore costituito in causa, e che, allorquando non ve ne fosse, la stessa è ammissibile sino alla esecuzione della sentenza (2).

Dopo di aver fatto cessare qualunque inquietitudine sul motivo che le parti condannate potrebbero, per la infedeltà dell' usciere, o per qualunque altro accidente non aver avuta conoscenza della condanna, non vi sarebbe più ragione perchè il termine di tre mesi non dovesse decorrere in risguardo alle sentenze contumaciali, nello stesso modo di quelle rendute in contraddizione.

(1) 1. Sonvi però delle sentenze per le quali il termine ad appellare è fissato a meno di tre mesi, cioè;

1. *Tre giorni* almeno prima che il quaderno delle condizioni di vendita sia depositato in cancelleria, riguardo alla sentenza in virtù della quale è stato proceduto al pignoramento d' un immobile, (*art.* 726 † 811.)

2. *Cinque giorni* dalla data della sentenza sulle domande di rimessione ad altro tribunale per causa di parentela; (*art.* 377 † 469.)

3. *Lo stesso termine* dalla data della sentenza sulle domande di ricusa; (*art.* 392 † 485.)

4. *Otto giorni* dalla data della pronunziazione della sentenza la quale ha deciso sulle domande di nullità della procedure posteriori all'aggiudicazione preparatoria degli immobili pignorati; (*art.* 736 † T.)

5. *Dieci giorni* per la sentenze sulla distribuzione per contributo; (*art.* 669 † 752.)

6. *Lo stesso termine* per la sentenza di gradoazione, per contributo; (*art.* 763 † 847.)

7. *Quindici giorni* per la sentenza di surrogazione nella procedura a vendita d' immobili pignorati (*art.* 723 † 847.)

8. *Lo stesso termine* per la sentenza pronunziata su di una dimanda di rivendicazione d' immobili pignorati, (*art.* 730 † 815) o sulle domande di nullità di procedura le quali hanno preceduta l'aggiudicaziona preparatoria di siffatti immobili; (*art.* 734 † 818.)

9. *Lo stesso termine* per l' ordinanza nei giudizi di sommaria esposizione, nei casi in cui l'appello è permesso; (*art.* 809 † 892.)

10. Finalmente *un mese* per le sentenze di adozione; (*art.* 367 † 281 *del codice* civile.)

(2) La legge di Ginevra nega la facoltà di prodarre appello ai contumaci, adottando in ciò la regola del dritto romano, *contumax non appellat.* Questa regola osservata in Francia prima dell' ordinanza del 1667, che vi fu adottata per le giustizie di pace dalla legge dei 26 ottobre 1790, che fu reclamata da tutt' i tribunali, e dalle osservazioni della corte di cassazione sul progetto del codice di procedura, e che nondimeno è stata rigettata, sembra assai ragionevole « e noi ci abbiamo convenuti. (*Vedi la esposizione dei motivi della legge di Ginevra, pag.* 206.) In effetti l' appello presuppone un torto cagionato dal primo giudice; or come mai il contumace può querelarsene, tostochè gli è piaciuto tacere e rifiutarsi ad illuminarlo? Ammettere l' appello dalle sentenze contumaciali, è lo stesso che somministrare alla parte contumace, contro l' intenziona della legge, il mezzo di eludere il primo grado di giurisdizione, di portare innanzi la corte di appello un' istruziona, che apparteneva ai primi giudici, e di rendere senza effetto la doppia garentia di una discussione successiva innanzi a due tribunali diversi »

Che se, come abbiamo detto, i termini per appellare furono limitati affinchè la sorte di colui contro del quale può interporsi l' appello non restasse lungo tempo nella incertezza, questi medesimi fissati contro l'appellante non sono più da considerarsi in suo favore, allorchè, mercè l' appello, egli ha rimesso in quistione ciò ch'era stato già giudicato; allora il dritto reciproco dell' appello altro non è per l' intimato, durante questo nuovo dibattimento giudiziario, che quello di una legitima difesa.

Nè questa difesa potrebbe essergli vietata, ancorchè avesse notificata la sentenza senza protesta; dappoichè in tal caso l'appellante col suo proprio fatto scambia la situazione e l'interesse del suo avversario. Sovente i dritti rispettivi delle parti sono stati giustamente bilanciati per effetto di condanne reciproche. La parte intimata la quale ha fatto notificare la sentenza senza protesta, poteva forse rispettare l'opinione de' primi giudici; ma allorquando, mercè l' appello, si ha in mente di rompere un tale equilibrio, la giustizia richiede che per mantenerlo, possa adoperarsi dalla parte appellata lo stesso mezzo. Son questi i motivi pei quali l'art. 443, con la terza disposizione, autorizza la parte intimata ad interporre incidentemente appello in ogni stato di causa, e per cui la notificazione della sentenza da lui fatta senza protesta non le può esser opposta. Ed è questa una giusta applicazione della massima piena di equità: *Nihil licere debet actori quod reo non liceat.* (*Leg.* 45 *ff. de reg. juris.*)

1553. *Qual è in generale, relativamente al termine per appellare, l' effetto della notificazione della sentenza?*

Generalmente, la notificazione di una sentenza ha per iscopo di farla conoscere in una maniera certa alla parte condannata, affinchè possa eseguirla volontariamente, e per una conseguenza necessaria, autorizzare la parte ad istanza della quale fu fatta tale notificazione, ad eseguire la detta sentenza per le vie di dritto: adunque la notificazione di una sentenza non è in sostanza che un atto di esecuzione estraneo all' appello.

Risulta da questo principio ritenuto con arresto della corte di cassazione del 1. agosto 1808, citato da Berriat Saint-Prix, alla pag. 415, nota 41;

1. Che puossi appellare da una sentenza, quantunque non fosse stata notificata — (*Ved. l' arresto della corte di cassazione del* 17 *marzo* 1806, *Bullet. offic. degli arresti della detta corte del* 1806, *pag.* 971)

2. Che la notificazione non ha altra influenza in rapporto all' appello, che di farne decorrere il termine (*ved. l' arresto diggià citato del* 1 *agosto* 1808); ma di farlo decorrere contro la parte soltanto alla quale si è fatta la notificazione, e non contro quella che l' ha richiesta (1).

1554. *L' art.* 1033 + 1109 *s' applica forse al termine generale fissato dall' art.* 443?

Uniformemente a molte decisioni citate sulla quistione 1419 della nostra analisi, avvisiamo che l' art. 1033 può applicarsi al termine per appellare, e che in conseguenza, il giorno della notificazione sia il solo da escludersi dal termine, restandovi compreso quello della scadenza. Siffatta opinione immensamente combattuta, come può vedersi nel codice annotato di Sirey, ha cessato di esserla dietro due arresti della corte di cassazione, l' uno del 22 giugno 1813, l' altro del 15 giugno 1814 (*ved. Sirey, tom.* 14, *pag.* 226 *a* 232), i quali pronunziarono, per applicazione dell' art. 1033, che il giorno della scadenza non poteva essere compreso, atteso che l' appello è un atto che dev' esser notificato alla persona o al domicilio, e che niuna legge positiva l' esclude dalla legge generale.

Ma non bisogna conchiudere da ciò che il detto termine ammette l' aumento accordato dallo stesso articolo in ragion delle distanze. La corte di cassazione con arresto delli 8 agosto 1809 (*Sirey tom.* 9, *pag.* 406) decise il contrario, pel motivo che il suddetto articolo non impone la necessità di un' aggiunzione di termine proporzionato alle distanze, se non nel caso delle *comparse*, dietro le citazioni o altri atti da notificarsi alla persona o al domicilio.

Epperò la franchigia del termine generale applicasi tanto alla parte che deve notificare

(1) Vedi l' arresto di cassazione de' 2 fiorile anno 7, e 4 pratile anno 11; il Pratico francese, tom. 3, pag. 26; Bergognié, tom. 1, pag. 28, e tom. 2, pag. 37; decisione della corte di Nimes de' 13 giugno 1808, Giurisprudenza sulla procedura, tom. 2, pag. 342; della Corte di Parigi, de' 18 febbraio 1812; il Commentario degli Annali del notariato, tom. 3, pag. 25.

un atto nel termine stabilito dalla legge, quanto a quella la quale deve egualmente adempire in un certo termine all'atto che l' è stato notificato; ma l'aumento di questi termini, in ragion delle distanze, non essendo evidentemente accordato che a favore di colui che deve *comparire*, non può applicarsi al termine concesso per notificare un atto.

1555. *Devesi forse computare il termine, dando trenta giorni a ciascun mese, in maniera che l' appello non sarebbe validamente interposto dopo il novantesimo giorno seguente alla notificazione della sentenza?*

Trovasi nel giornale de' patrocinatori, tom. 1, pag. 217, una decisione della corte di Colmar, del 16 febbraio 1810, riportata benanche da Denevers, 1812, supplemento, pag. 10, ma sotto la data del 10 febbraio, colla quale fu risoluta la proposta quistione per l'affermativa. La detta corte si avvisò senza dubbio che il legislatore ebbe in mente di stabilire un termine fisso, nel mentre che all' opposto il termine varierebbe da ottantanove a novanta, novantuno, novantadue giorni, qualora si volessero considerare i mesi secondo la durata assegnata ad essi dal calendario gregoriano. Coffinières, riportando la detta decisione, e gli scrittori del commentario inserito negli annali del notariato, tom. 3, pag. 22, espongono le ragioni mercè le quali si avvisano che siffatta decisione non può esser adottata per regola di giurisprudenza. Noi pensiamo come costoro che l' art. 443 per la stessa ragione che calcola per mese il termine per appellare, ha inteso comporlo col numero dei giorni che trovasi formato secondo il calendario, cioè i tre mesi che seguono la notificazione della sentenza; diversamente il legislatore avrebbe in un modo positivo ordinato che il termine fosse di *novanta* giorni, e non avrebbe, fissandolo a tre mesi, dato luogo ad incertezze facili a potersi evitare, se la sua intenzione non fosse stata quella di calcolare il termine nel modo che abbiamo detto (1).

(1) Del resto, quest' opinione sviluppata nelle osservazioni di Denevers sulla citata decisione della corte di Colmar, è stata consacrata da due decisioni della corte di cassazione, una del 27 dicembre 1811, pronunziata dalla sezione criminale, l' altra del 12 marzo 1816 pronunziata dalla sezione civile. (*Vedi Sirey, tom.* 12, *pag.* 199, e 1816, *pag.* 331.)

1556 *Il termine di tre mesi decorre forse dal giorno della notificazione della sentenza al domicilio eletto?*

Che sì: laonde il termine decorre; 1. dal giorno della notificazione fatta, uniformemente all' art 111 + 116 del codice civile, al domicilio eletto per la esecuzione dell' atto che forma l'oggetto della sentenza; 2. dal giorno della notificazione fatta ai termini dell'art. 2156 + 2050 del codice civile (*ved. benanche l' art.* 2148 + 2043 § 1) al domicilio eletto nella iscrizione delle ipoteche alla quale si riporta.

Ma la notificazione fatta al domicilio eletto, in conformità dell' art. 422, non farebbe decorrere il termine; ed è quanto risulta da quel che pocanzi abbiam detto alla pag. 145 sulla quistione 1517, ed alla nota giurisprudenza. Sarebbe lo stesso della notificazione fatta al domicilio eletto presso il patrocinatore, conformemente all' art. 61 + 153, perciochè una tale elezione fatta per la contestazione, cessa dal momento che la detta contestazione termina colla sentenza diffinitiva.

Ma del pari, secondo l' art. 422, il termine decorrerebbe a datare dal giorno della notificazione fatta in cancelleria, nel caso stabilito dal detto articolo. — (*Ved. la decisione della corte di Riom, del* 3 *febbraio* 1809, *la Bibliot. del foro, parte* 2, *pag.* 372; *Pigeau, tom.* 1, *pag.* 562, *e Demiau Crouzilhac, pag.* 320).

1557. *La notificazione nulla produce ciò non ostante l' effetto di far decorrere il termine?*

Siffatta quistione fu decisa per l' affermativa, con arresto della corte di cassazione del 5 agosto 1807, attesochè una notificazione nulla deve considerarsi come se non fosse stata mai fatta — (*Ved. Sirey, tom.* 7, *pag.* 128).

Inoltre fa d'uopo osservare, primamente, che se l' atto di notificazione fosse in se stesso regolare, ma la copia della sentenza monca ed imperfetta, per esempio, se non contenesse che l' estratto della sentenza, se vi mancassero le narrative, dovrebbe conchiudersi che la notificazione non farebbe punto decorrere il termine (2).

(2) Vedi la decisione dalla corte di Brusselles, degli 8 giugno 1808, citato dagli autori del Commentario inserito negli annali del notariato, tom. 3, pag. 25, e una decisione della corte di Torino, de' 30 gennaio 1811, Denevers 1812, supplemento, pag. 6.

In secondo luogo, sarebbe lo stesso nel caso in cui la notificazione fosse stata fatta a richiesta di un individuo il quale, dichiarandosi erede della parte, avesse ottenuto la sentenza, senza giustificare la sua qualità, sulla quale potrebbonsi elevare dei dubbi. In effetti la legge, facendo decorrere il termine dal giorno della notificazione della sentenza, presuppone ch' essa fosse stata fatta legalmente dalla parte stessa in favore della quale siffatta sentenza venne pronunziata, o dal suo legittimo rappresentante, mercè di un titolo riconosciuto ed incontrastabile (1).

1558. *La notificazione alla persona o al domicilio fa decorrere il termine per appellare, quantunque non fosse stata preceduta dalla notificazione al patrocinatore?*

Pigeau, tom. I, pag. 252, trae argomento dalla disposizione dell' art. 147 † 240 per sostenere che la notificazione alla persona o al domicilio dev' esser preceduta da quella al patrocinatore. Gli scrittori del Pratico (*ved. la giurisprudenza sulla proced. tom. 5, pag.* 199) abbracciano la medesima opinione. Ecco quanto può dirsi in appoggio di essa: l'art. 443 stabilisce che il termine per appellare decorre dal giorno della notificazione fatta alla persona o al domicilio, e sembra non lasciar alcun dubbio sull' affermativa della quistione; ma non avviene lo stesso allorchè avvicinasi quest' articolo coll' art. 147 il quale dice, che se siavi patrocinatore in causa, la sentenza non potrà eseguirsi, se non dopo di essersi notificata al patrocinatore; or qual' è il motivo di siffatta ultima disposizione? Si è quello che il patrocinatore essendo *dominus litis*, deve conoscere di tutti gli atti risguardanti la causa, anche di quelli notificati alla parte, onde esserle di ajuto con i suoi consigli sul partito da prendere in seguito di tali atti. Adunque se si volesse far decorrere il termine da una notificazione alla parte senza farla preliminarmente al patrocinatore, sarebbe lo stesso che andar contro i motivi dell' art. 147, val dire controvvenire alla sua disposizione.

Noi rispondiamo, che se l' art. 147 esige che la notificazione della sentenza sia fatta al patrocinatore, e se ne faccia menzione nella notificazione che si esegue alla parte, non è già nella idea che la parte riceva i consigli dal suo patrocinatore sul partito da prendere relativamente all' appello, ma ad oggetto di mettere il patrocinatore a portata di fare, sulla esecuzione della sentenza, gli atti che la legge esige da questo uffiziale ministeriale, obbligandolo, coll' art. 1038 † 1115, ad occuparsi sulla esecuzione delle sentenze diffinitive, allorchè ha luogo nell' anno dalla sua pronunziazione; per lo che bisogna ritenere, siccome fece la corte di Liege, colla decisione citata sulla nostra quistione 610, tom. 1, che l'art. 147 riguarda la esecuzione delle sentenze, e non ha verun rapporto col decorrimento del termine per appellare (*) (2).

(1) Per esempio, non potrebbesi dire che la notificazione fosse stata fatta ad istanza di una parte avente qualità a tal titolo, se abbia avuto luogo in nome di un figlio naturale, il quale siasi limitato a qualificarsi come figlio ed unico successore della persona che ha ottenuta la sentenza, senza esprimere ch' egli è figlio naturale o legittimo, senza dimostrare non esser egli figlio adulterino, o che gli eredi legittimi avessero rinunziata alla successione. È certo in questo caso che la parte alla quale fosse stata notificata la sentenza non avrebbe potuto riconoscere un legittimo contradditore in questo sedicente erede, e che il termine per interporre appello non avrebbe potuto decorrere contro di essa, almeno finchè non si fosse giustificata la qualità di erede. (*V. per la forma della notificazione nella quist.* 616 *la decisione della corte di Nimes del* 29 *gennaio* 1811; *Denevers,* 1811, *supplimento, pag.* 9.)

(*) Ci ha qualcuno de' nostri scrittori che vorrebbe, uniformandosi al parere di Pigeau, veder decisa la presente quistione per la negativa, facendosi anche sostegno di una decisione della Corte di Nimes de' 13 gennajo 1813. (*Dalloz*, 2, 111, e 112) Ma non bisogna obbliare quello che ha detto il nostro A., che quando l' art. 147 † 240 ha prescritto che la notificazione fosse fatta prima al patrocinatore ha avuto in mira soltanto la esecuzione della sentenza; che la pena di nullità derivante da tale omissione è relativa soltanto a questa esecuzione; epperò il detto articolo non deve applicarsi al decorrimento del termine per appellare, pel quale non debbonsi adempiere che le formalità prescritte dall' art. 443 † 507; e che non si può, senza aggiungere arbitrariamente a questo articolo, richiedere una notificazione dallo stesso non ordinata, e molto meno dichiarar nulla quella fatta alla parte, poichè le nullità debbono dichiararsi ne' casi formalmente dalla legge previsti.

(2) Quest' opinione è pur quella di Berriat-Saint-Prix. Il sistema adottato dalla corte di Liegi, egli dice, nella nota 42, pare più uniforme tanto ai principj quanto alla legge, poichè essa non parla

1559. *Se molte parti hanno ottenuto una sentenza unitamente, e che una di esse soltanto faccia eseguire la notificazione, siffatta notificazione può esser proficua alle altre, facendo decorrere a loro favore il termine per appellare?*

La corte di cassazione, sezione civile, pronunziò negativamente sulla detta quistione il 17 pratile anno 12, dichiarando che le parti le quali non aveano fatta notificare la sentenza, non potevano trar partito dalle diligenze usate da quella che unitamente alle altre l' avea ottenuta.

Fa d' uopo osservare che siffatto arresto, riportato da Coffinieres, nella giurisprudenza delle corti supreme sulla procedura, venne renduto, applicando l' art. 14 del tit. 3 della legge del 25 agosto 1790. Ma, come osserva il suddetto compilatore di arresti, l' art. 443 del codice di procedura fissa egualmente il termine per appellare *a tre mesi dal giorno della notificazione della sentenza*, donde puossi conchiudere che la quistione di sopra stabilita andrebbe risoluta nella medesima maniera (1).

1560. *Allorchè una sentenza pronunziata contro una compagnia siasi notificata soltanto all' amministratore di essa, il termine per appellare decorre forse contro ciascuno dei soci?*

Gli autori del commentario degli Annali sul notariato citano una decisione della corte di Parigi, del 25 maggio 1809, profferita a pro del signor Lenormand contro il signor Devvit, la quale pronunziò che la notificazione fatta all' amministratore di una compagnia contro cui venne emessa la sentenza, produceva lo stesso effetto come se fosse stata notificata particolarmente a ciascun socio; ed in conseguenza i tre mesi per appellare decorrevano contro ciascuno di essi a contare dal giorno di siffatta notificazione.

1561. *Il termine per appellare decorre forse relativamente ad una sentenza la quale ordina un giuramento, dal giorno della notificazione di detta sentenza, o soltanto dal dì della prestazione di sì fatto giuramento?*

Potrebbesi dire che il termine decorra dal giorno che sia prestato il giuramento, perciocchè a tal' epoca solamente la sentenza cessa di esser condizionale, riceve la sua perfezione, e la parte condannata ha interesse a produrne gravame, non potendo, senza la prestazione del giuramento, la sentenza produrre alcuno effetto.

Ma la corte di Brusselles, con decisione degli 8 luglio 1807 (*suppl. per l' anno* 1808, *e* 1809, *pag.* 539) considerò che la sentenza era perfetta dal momento che era stata renduta, e che l' obbligo imposto ad una delle parti di prestare il giuramento non altro faceva che sospenderne l' esecuzione, e per conseguenza decise che il termine per appellare decorreva dal giorno della notificazione della sentenza. Siffatta decisione non sembraci suscettibile di controversia, non essendo la prestazione del giuramento che la esecuzione della sentenza che l' ha ordinata.

1562. *Quando una sentenza è nulla nella sua forma costituitiva ed integrale, la notificazione forse fa decorrere il termine per appellare?*

della notificazione precedente da farsi al patrocinatore.

Perciò noi persistiamo nella opinione manifestata sulla quistione 610, aggiungendo per altro che Berriat-Saint-Prix la sostiene con altra decisione della corte di Riom del 27 decembre 1800, riportata nella *Giurisprudenza sulla procedura* t. 3, pag. 226. A qual proposito osserviamo che questa decisione non risolvette la quistione, poichè nella specie era provato essersi fatta la notificazione al patrocinatore; ma solamente giudicò che quella la quale avea avuto luogo alla persona o al domicilio faceva decorrere il termine, ancorchè non contenesse la menzione di essersi eseguita la prima. Aggiungiamo pure d' esser necessario che la notificazione abbia avuto luogo ad istanza della parte la quale ha ottenuta la sentenza, e non del patrocinatore, (*Brusselles*, 14 *gennaio* 1812, *Sirey t.* 14, *pag.* 261) e che in questo caso medesimo, essa non farebbe decorrer il termine, se l' atto di citazione non contenesse la menzione espressa, che la sentenza è stata notificata, e che la copia n' è stata lasciata alla parte. (*Cassaz.* 3 *novem.* 1818; *Sirey, t.* 19, *pag.* 129.)

(1) Fa duopo riflettere che una decisione della medesima corte, del 28 dicembre 1808, riportata dal Denevers nel suo *giornale* del 1809, e da Merlin nel *nuovo repertorio* alla parola *notificazione*, t. 12, pag. 120, stabilisce una eccezione, relativamente alla notificazione di una sentenza di graduazione. La detta decisione dichiarò che tale notificazione fatta a richiesta del creditore istante ai diversi creditori che eransi presentati nel giudizio di graduazione, fa decorrere il termine ad appellare a favore e contro ciascuno di essi rispettivamente, perchè il creditore istante per la graduazione, in esclusione di ogni altro, è incaricato di tutti gli atti necessari per arrivare alla graduazione ec. ec.

Per la negativa di siffatta quistione, puossi citare Pothier, trattato delle obbligazioni, part.4, cap. 3, art. 2, n. 869, in quanto che egli asserisce che una sentenza nulla, pronunziata contro la forma giudiziaria, non può aver *l'autorità della cosa giudicata*, a meno che la nullità non fosse stata sanata. Siffatta decisione va confortata, potrebbe dirsi, dalla disposizione della legge 1, § 2, lib. 49, tit. 6 del Digesto; *Item cum contra sacras costitutiones judicatur, oppellationis necessitas remittitur.* Quindi da ciò verrebbesi a conchiudere che per principio una sentenza nulla non può acquistare l' autorità della cosa giudicata, e che, conseguentemente, non vi ha termine fatale per attaccarla per mezzo dell' appello.

Ma la corte di Brusselles, con decisione del 17 gennaio 1808, riportata da Sirey, nel suo supplimento per l'anno 1808 e 1809, pag 502, pronunziò al contrario, che la nullità di una sentenza potendo proporsi soltanto per mezzo dell' appello, la parte alla quale la detta sentenza vien notificata è obbligata gravarsene nel termine richiesto. Una tale decisione è incontrastabile, senza sembrarci punto in opposizione alla dottrina professata dal Pothier, atteso che la nullità trovasi sanata per la mancanza di gravame nel termine fissato dalla legge: or Pothier conviene che una sentenza nulla può acquistare l' autorità della cosa giudicata, se la nullità rimane sanata.

Ciò che quì diciamo, applicasi necessariamente alle sentenze nulle per causa d' incompetenza (*cassazione*, 26 *termidoro*, *anno* 4), ed in ogni caso puossi appellare da una sentenza nulla, qualunque sia la mediocrità dell' oggetto sul quale venne pronunziata. (*Ved. Berriat Saint-Prix*, *pag.* 406, *nota* 11). In effetti una sentenza nulla non può sussistere; ed i primi giudici non potendo ritrattarsi, rendesi rigorosamente necessario autorizzare il reclamo verso i giudici superiori, se la detta sentenza non è suscettibile di opposizione (1).

1563. *L' appello da una sentenza può esser dichiarato irricettibile dopo trent' anni di esecuzione, quantunque la stessa non fosse stata notificata?*

Il 14 novembre 1809, la corte di cassazione si pronunziò sulla proposta quistione di una maniera affermativa, giudicando che la corte di appello di Riom non avea violata alcuna legge in una decisione colla quale dichiarò irricettibile, dopo trentanni di esecuzione, l' appello da una sentenza di aggiudicazione che toglieva dal possesso effettivo talune delle parti sequestrate (*Ved. Sirey*, *tom.* 10, *pag.* 187) (2).

1564. *La parte che fa notificare una sentenza contro di cui ha intenzione di produrre appello, relativamente ad alcuni capi della stessa, è obbligata forse; nell' atto di notificazione, riserbarsi la facoltà di appellare?*

Vale lo stesso che dimandare, in altri termini, se colui che notifica, *puramente e sem-*

(1) È ciò una conseguenza di quanto dicemmo nella nota 5, pag. 165, e vi si può ancora aggiungere una decisione della corte di Rennes del 15 marzo 1809, la quale stabilisce che una corte di appello non ha la facoltà di dichiarare le sue decisioni nulle o rivocarle, se non quando le parti le hanno impugnate coi mezzi indicati loro dalla legge, e che perciò essa non può far dritto alle conclusioni proposte a tal riguardo dal ministero pubblico nell' interesse della legge.

(2) Opponevasi che potendo soltanto la notificazione della sentenza far decorrere il termine ad appellare, e che questa notificazione non avendo avuto luogo; le parti interessate si trovavano indeterminatamente nel termine per ricorrere.

Noi rispondiamo all' avvocato generale Daniels, nella sua requisitoria, che prima dell' ordinanza del 1667, la facoltà di appellare durava trent' anni, perchè l' azione derivante dalla sentenza per eseguirla, non si prescriveva che con questo corso di tempo opinandosi che, per la ragion del contrarj, l' azione accordata per impugnar la sentenza col mezzo dell' appello, non dovea essere circoscritta da più breve termine. Questo termine fu ristretto dall' ordinanza del 1667; ma solamente pel caso in cui la sentenza fusse stata notificata. Ma in mancanza di notificazione, si son seguiti, così dopo come prima dell' ordinanza, i principj medesimi; e lo attesta Jusse sull' art. 17 del tit. 27. Il termine di *trent' anni*, egli dice, è *fatale*, e quando è decorso, non si può più appellare; *l' appello è prescritto*, quando anche si trattasse di un' azione ipotecaria.

Se tale quistione si presentasse un giorno, potrebbesi trarre argomento dall' abrogazione pronunciata dall' art. 1041 † T. del codice di procedura delle leggi, usi e regolamenti anteriori alla sua pubblicazione: bisognerebbe allora nelle nostre leggi attuali cercare la soluzione della quistione in esame. Or noi pensiamo ch' essa sarebbe giudicata nella stessa maniera, imperciocchè l'art. 2262 † 2168 del codice civile dichiara prescritte col decorso di trent' anni tutte le azioni, tanto reali che personali.

plicemente, la sentenza ottenuta, reputasi forse avervi prestato la sua acquiescenza?

Noi diggià dicemmo (*ved. la quistione* 1553) che la notificazione di una sentenza è in se medesima un' atto preliminare della esecuzione; poichè contiene implicitamente la dichiarazione di voler proseguire siffatta esecuzione, ed in conseguenza uniformarsi o acconsentire alla sentenza. In tal modo, dicono gli autori del Pratico, tom. 3, pag. 25, una notificazione pura e semplice esclude colui a nome del quale fu fatta dall'impugnare la decisione. (*V. l' ordinanza del Parlamento di Parigi, del* 13 *agosto* 1765, *riportata da Denisart alla parola* appello, *n* 52, *pag*. 128, *e Pothier, part*. 2, *cap*. 3, *art*. 3, § 1.)

Il codice di procedura non avendo nulla stabilito su questo punto di giurisprudenza, gli scrittori da noi citati avvisano doversi adottare il parere dell' ordinanza del parlamento di Parigi, uniforme, d'altronde, alla dottrina degli antichi scrittori.

Tale si è benanche la nostra opinione, fondata sulla terza disposizione dell'art. 443, la quale stabilisce che l' intimato potrà interporre appello in ogni stato di causa, *ancorchè avesse notificata la sentenza senza protesta*. Or siffatta disposizione presuppone un principio generale, al quale essa fa eccezione, val dire che nel caso in cui la parte la quale eseguì la notificazione della sentenza non fece nè riserve nè proteste, non può più essere ammessa a produrre appello principale. Ed in tal modo venne giudicato, 1. con decisione della corte di Treves del 14 marzo 1808 (*ved. giuris. sulla Procedura, tom*. 2, *pag*. 350); 2. con decisione della Corte di Brusselles, degli 11 agosto 1808, perciocchè pronunziò che l' omissione delle proteste e delle riserve nella sola copia dell' atto di notificazione, operava un' acquiescenza la quale rendeva l' appello irricettibile. — (*Ved. giurisp. delle corti supreme, tom*. 1, *pag*. 1353; *il nuovo repertorio alla parola* appello, § 6, *e le nostre quistioni sulla terza disposizione dell' art*. 443).

1585. *L' appello interposto in tempo utile da una delle parti rendesi proficuo a tutte le altre le quali, nella stessa causa, hanno il medesimo interesse, e possono far valere gli stessi mezzi, di maniera che esse acquistano, mediante siffatto appello, la facoltà di gravarsi dopo spirato il termine?*

Tre decisioni della corte di Torino, la prima del 5 pratile anno 12, la seconda del 28 febbraio 1816, e la terza del 9 marzo 1811, giudicarono affermativamente siffatta importante quistione. (*Vedi Denevers supplimento all' anno* 1812, *pag*. 3, *e la giurisp. delle corti supreme*, *tom*. 1, *pag*. 99) Tali decisioni poggiano sul motivo ch' è principio di dritto che l' appello interposto da una dei collitiganti reputasi comune ed utile agli altri, purchè abbiano lo stesso interesse nella causa, e che i loro mezzi di difesa sieno comuni coll' appellante.

Nulladimeno siffatta quistione è molto controvvertita, siccome dicemmo al tom. 2, pag. 275. Alcuni Giureconsulti sostengono la negativa, fondandosi sulla generalità delle espressioni degli art. 443 e 444, e sulla considerazione che il principio da cui argomentano i partigiani della opinione contraria non trovasi scritto in alcuna legge. Ma la corte di Torino, dice Denevers, si è poggiata, particolarmente nella sua ultima decisione, sulla legge 1. e 2. del codice *si unus ex pluribus*, e 10 §. 2 e 4, al ff. de *oppellationibus et relationibus*. Bisogna convenire che in siffatte leggi è agevole rinvenir ragioni da decidere nel modo praticato dalla suddetta corte, qualora potrebbesi considerarle come aventi forza obbligatoria fra noi.

In effetti, disponendo le dette leggi che ogni qual volta sia stata renduta tra le parti una sola sentenza, quelle le quali non avessero appellato godrebbero i vantaggi dell' appello del loro collitigante, qualora esistesse identità d'interesse e di mezzi; e prescrivendo altresì, *non essere, in siffatta circostanza, necessario che la parte la quale non ha appellato nel termine fatale intervenga sull'appello del suo collitigante, onde dimandare che il detto appello venisse dichiarato comune anche ad essa*; e finalmente esse decidendo esser sufficiente che questi abbia ottenuto di far riformare la sentenza, perchè di pieno dritto addivenga comune alla parte che non è stata chiamata: dovrebbesi conchiudere, *a fortiori*, che la detta parte possa presentarsi dopo il termine per litigare in appello.

Ma Merlin dimostrò (*vedi il nuovo repertorio alla parola* demanio pubblico, §. 5, *tom*. 3 *pag*. 843, *e nelle sue quistioni di dritto alla parola* nazione, §. II, *tom*. 3, *pag*. 508), che le leggi romane da noi riportate non erano affatto in vigore fra noi pria della pubblicazio-

ne del codice di procedura, citando a tale oggetto Gotofredo sulle parole della legge 2, nel codice, *si unus ex pluribus*, Automne, nella Conferenza di dritto francese sulla legge 1. dello stesso titolo, Bugnion, nel suo trattato delle leggi abrogate, lib. 1, capitolo 128, e Papon lib. 19, tit. 1, num 11. Che se questo giureconsulto, le cui opinioni sono altrettanto più incontrastabili, in quanto che non gli accade mai di omettere la discussione sulle autorità che gli si potrebbero opporre, cita egli medesimo molte decisioni in favore della dottrina del dritto romano, ciò prova che siffatta giurisprudenza era evidentemente viziosa.

Di qui gli avversari dell' opinione manifestata dalla corte di Torino conchiudono che siffatta opinione, essendo fondata su di una induzione della legge, la quale non ha dovuto giammai ricevere applicazione fra noi, debba essere senza dubbio rigettata. Inoltre traggono argomento da un arresto della corte di cassazione, del 21 brumaio anno 7 (*vedi la giurisprudenza delle corti supreme, tom. 1, pag.* 206), il quale decide formalmente che l' appello interposto da un erede non può giovare a' suoi coeredi, in risguardo a' quali la sentenza riformata dietro l' appello avea acquistata l' autorità della cosa giudicata.

Osserviamo, relativamente al suddetto arresto, non potersi argomentare rigorosamente contro la giurisprudenza della corte di Torino. In effetti lo stesso si tace nella specie in cui i coeredi, contro i quali la sentenza impugnata da uno di essi abbia acquistata l'autorità della cosa giudicata avessero benanche, nella circostanza del gravame formato in tempo utile dal suo collitigante, interposto appello dopo il termine legale. Ma pronunzia all' opposto, nella specie in cui questi medesimi coeredi, poggiandosi sulla decisione intervenuta dietro l'appello di quest' ultimo, nel quale eglino non vi aveano avuto parte, rinnovavano in prima istanza le pretenzioni rigettate dalla sentenza riformata.

Or, queste due specie sono ben differenti. Per lo che, eliminando, secondo la dottrina di Merlin, l' applicazione delle leggi romane; si è potuto ben pronunziare, nell' ultima di queste due specie, che l' appello di un collitigante non sarebbe affatto di profitto a coloro che non si fossero gravati, senza però in nulla pregiudicare per tal motivo la quistione di conoscere se l' appello interposto da una parte liberi dalla decadenza le altre parti che vi hanno lo stesso interesse, e che intanto non hanno dal canto loro formato il medesimo gravame in tempo utile.

Importa poco, secondo noi, che la decisione poco anzi citata non sia stata pronunziata nella specie della proposta quistione. Basta, per decidere negativamente, contro la giurisprudenza della corte di Torino, considerare che gli articoli 443 e 444 non fanno alcuna distinzione; che niuna disposizione del Codice stabilisce eccezione pel caso in esame, tanto pel termine assegnato dal primo de' suddetti articoli, che per la decadenza dal secondo pronunziata. D'altronde, fa duopo convenire che nella certezza che la decisione intervenuta dietro l' appello di un collitigante non può esser proficua a coloro che non si sono gravati, non esiste veruna ragione che possa fare ammettere un atto di appello del detto collitigante, onde liberare quest' ultimo dalla decadenza pronunziata dalla legge. Bisognerebbe per lo meno che l'oggetto della contestazione fosse assolutamente indivisibile, perciochè allora la natura delle cose renderebbe impossibile l'applicazione della regola generale. Ma una parte la quale non abbia appellato nel termine può avere, relativamente ad una contestazione il cui oggetto è divisibile, lo stesso interesse e gli stessi mezzi di difesa di quella che si è gravata in tempo utile; e, in questo caso, a norma di quanto abbiamo detto, la sentenza acquista contro di essa la forza della cosa giudicata (1) (*).

(1) In appoggio di questa opinione la cui discussione sviluppa i motivi della soluzione data sulla quistione 655, noi citiamo una decisione della corte di Limoges del 20 febbraio 1810, (*ved. il giornale dei patrocinatori t.* 1., *pag.* 270) colla quale fu giudicato che l' opposizione formata in tempo utile da una delle parti condannate non giova alle altre parti, se l' oggetto della condanna è divisibile di sua natura. Noi ammetteremmo nulladimeno qualch' eccezione, 1. in favore delle persone condannate *solidalmente*, eccezione stabilita dalla decisione della corte di Colmar del 4 marzo 1817 rispetto ai coeredi. (*Giurispru. del codice civile t.* 9. *pag.* 147). 2. Allorchè l' appello è stato interposto da uno dei coeredi, *tanto per lui, quanto per gli altri coeredi*, i quali lungi dal disapprovarlo, intervenissero in causa. (*Angers, 22 maggio* 1817: *Sirey t.* 19. *pag.* 181).

(*) La nostra giurisprudenza sembra ritenere la opinione della Corte di Torino sol quando si

1566. *La seconda disposizione dell'art. 443 applicasi forse a qualunque specie di sentenza contumaciale?*

È evidente che essa non applicasi nè alla sentenza contumaciale, che ha rigettata l'opposizione prodotta contro di un'altra precedente, nè a quella pronunziata dietro una novella citazione, uniformemente all'art. 153. Difatti l'art. 443 parla soltanto di sentenze suscettibili di opposizioni, e quelle da noi indicate equivalgono alle sentenze rese in contraddizione. Ma del rimanente la disposizione di cui parliamo applicasi ad ogni altra sentenza contumaciale renduta o contro la parte, o contro il patrocinatore, qualunque sia il tribunale da cui emana (1).

1567. *Da qual giorno decorre il termine per interporre appello da una sentenza contumaciale?*

Siffatta quistione va risoluta col testo istesso dell'art. 443: epperò noi la proponemmo a solo oggetto di avvertire esser necessario ravvicinare la detta seconda disposizione a quella degli art. 157 e 159 †251 e 253 — (*Vedi le nostre quistioni sopra i suddetti articoli*).

1568. *Allorchè venne eseguita la sentenza contumaciale di parte, il condannato può interporre appello senza aver fatto alcuna protesta contro siffatta esecuzione?*

Sebbene sembra implicare una contradizione il sostenere che possa appellarsi da una sentenza interamente eseguita; nulladimeno la legge lo permette nel caso di una sentenza *contumaciale di parte*. Altrimenti bisognerebbe limitare l'applicazione della seconda disposizione dell'art. 443 alle sentenze contumaciali di patrocinatore, e ciò sarebbe fare una eccezione dalla legge non ammessa; sarebbe lo stesso che supplir ad una distinzione dalla stessa non stabilita, e che non trovasi in veruna decisione, nè in alcuno scrittore. Adunque la esecuzione forzata della sentenza non può essere opposta come mezzo d'inamisibilità contro l'appello, e noi non scorgiamo esservi bisogno, per evitarla, che la parte abbia fatto su gli atti di esecuzione la riserva d'interporre appello, ma se essa volontariamente partecipasse a siffatti atti, se di suo buon grado vi avesse accon-

trattasse, uniformemente all'avviso del nostro A., di materia *individua*, o quando *solidale* fosse la condanna, che invero sta nelle leggi civili (*art.* 1208), se non è in quelle di procedura civile, testualmente saucito, potere il *condebitore solidale* opporre tutte le eccezioni che son comuni a tutti gli altri condebitori.

Infatti, in una grave causa, due stabilimenti pubblici condannati *solidalmente* eransi ambo provveduti di appello. Per uno dei due le procedure vennero assonnate nel periodo di tre anni; quindi elevossi la voce di *perenzione*. L'altro avea tenuto vive le procedure; e quindi non poteano esser colpite dalla *perenzione*. La Gran Corte credè potersi dir *perento l'appello dell'uno, e non perente l'appello dell'altro*. Nacque allora lo esame del se trattandosi di danari (materia *individua*) ma dei quali danari la condanna era *prosolido*, fosse a dirsi mal giudicato, che *l'appello vivo dell'un de' due corpi* non bastasse *a sottrarre dalla perenzione* l'appello sopito dell'altro.

Quindi, in grado di ritrattazione, (*fondata sull'art. 545 leg. di pr. civ.*) la Gran Corte ritenne » doversi attribuire a mancanza di difesa il non essere stato dedotto che *ozioso, ed illegale dovea* » *riputarsi il disputor di perenzione* dell'appella- » zione del Real Albergo de' poveri mentre sussi- » stea tuttavia l'appello del Pio luogo della Pa- » ce, nei cui dritti era subentrato *il Reale Sta-* » *bilimento* degl' *Incurabili*. La condanna de' pri- » mi giudici essendo stata *solidale, era una la cau-* » *sa della comune difesa, e l'appello di uno gio-* » *vava all'altro stabilimento*; per lo che se pur » fossero stati applicabili i termini della peren- » zione contro al Real Albergo, giammai però po- » tea discendersi alla consegnenza della sentenza » appellata, la quale rimanea sospesa nello inte- » resse di amendue i condannati per la sola esi- » stenza dello appello interposto a nome di un » solo di essi » — (*Gran Corte civile di Napoli 3. Camera, Albergo de' Poveri e Ferrari, 22 settembre* 1826)

Ed essendone stato interposto ricorso nella Corte Suprema, dopo una vivissima discettazione, fu rigettato — (*Novembre* 1827 (*Vaselli, Manuale pel Giureconsulto vol. 2. pag.*)

(1) Vedi Hautefeuille, pag. 250, l'art. 645 del codice di Commercio, ed i motivi esposti nel titolo dell'appello da Bigot Preamenen, ediz. di Didot, pag. 131.

Bisogna osservare però, secondo una decisione della corte di Torino del 23 agosto 1809 (*vedi Sirey, DD. t. 10, pag.* 64) fu deciso che l'appello da una sentenza che accorda il *congedo* per contumacia dell'attore, non investe in alcun modo i giudici di appello della cognizione del merito della causa. Da questa decisione risulterebbe essere assolutamente inutile interporre appello da una sentenza la quale avesse accordato un congedo per contumacia dell'attore, e per conseguenza in simili materie l'art. 443 † 507 non potrebbe ricevere un' inutile applicazione: ma noi faremo conoscere sull'art. 455 † 519 la specie nella quale questa decisione fu pronunziata, e ne discuteremo i motivi.

sentito, avesse dimandato i termini o fatte offerte o pagamenti ec., non sarebbe più ammesso il suo appello, non già pel solo motivo che la sentenza fosse stata eseguita contro la stessa, ma per la ragione di avervi prestata la sua acquiescenza. — (*Ved. Demiau-Crouzilhac*, *pag.* 293) (1).

1569. *È necessario forse, per far decorrere il termine per appellare, che una sentenza contumaciale contro una parte che abbia costituito patrocinatore venga notificata non solamente a questo patrocinatore, ma alla persona o al domicilio?*

L' art. 443 fa decorrere il termine di tre mesi per interporre appello dalle sentenze contumaciali, dal giorno in cui non sarà più ammisibile l' opposizione; e l' art. 157 † 251 non accorda che otto giorni per formare opposizione avverso una sentenza contumaciale, renduta contro una parte che abbia costituito patrocinatore, per lo che la semplice notificazione al patrocinatore della sentenza contumaciale, facendo decorrere il termine della opposizione; e quello dello appello decorrendo a sua volta dal giorno in cui l'opposizione non è più ammisibile, ne siegue che il condannato in contumacia per mancanza di costituzione di patrocinatore, non ha per appellare che tre mesi ed otto giorni, a contare dalla notificazione fatta al suo patrocinatore.

Siffatta opinione, che è ancor quella di molti scrittori, venne contraddetta da altri, dando luogo alla discussione contenuta nel numero 1439 della nostra Analisi. Ma la corte di cassazione troncò ogni difficoltà, dichiarando positivamente, con due arresti, il primo del 7 agosto 1813, l' altro del 21 dicembre 1814 (*ved. Sirey*, *tom.* 13 *pag.* 446, *e* 1815 *pag.* 328), che l' art. 147 † 210 non è qui di alcuna considerazione, risultando dagli articoli 157 e 443 combinati insieme, che il termine per appellare decorre a contare dalla notificazione della sentenza al patrocinatore, ancorchè siffatta notificazione non sia stata rinnovata alla persona o al domicilio, secondo il voto dell' art. 147.

1570. *Se di molte parti, aventi lo stesso interesse, una siasi gravata col mezzo della opposizione in tempo utile, e le altre con quelle dell' appello, essendo spirato a loro riguardo il termine della opposizione, dovrebbesi forse rinviare gli appellanti davanti al tribunale che conosce della opposizione?*

Autefeuille, p. 250 not. 1, cita una decisione della corte d'Orleans, del 6 dicembre 1809, la quale pronunziò che le parti rendutesi appellanti dovevano esser rinviate dalla Corte a procedere sulla opposizione formata dal loro *cointeressato*, e che questo addiviene loro comune. Ma noi crediamo, dietro la soluzione data alla quistione 1565, che siffatta decisione non possa essere ammessa, se non quando gl' interessi comuni delle parti rapportansi ad un oggetto per sua natura indivisibile — (*Ved. appresso sull' art.* 444).

1571. *La parte che ha formata opposizione può forse abbandonarne il procedimento ed avvalersi del mezzo dell' appello?*

La corte di Lione si pronunziò per la negativa, con una decisione del 14 dicembre 1810, riportata nel giornale dei patrocinatori, tom. 3, pag. 226. Siffatta decisione sembraci fondata sur un passo della disposizione dei motivi del titolo dell'appello. (*Ved. ediz. di F. Didot pag.* 137). Il dritto della opposizione è accordato dalla legge come un mezzo che si ha la facoltà di adoperare, e non già che abbiasi la scelta di prendere o una tal via o d'interporre appello. Se il termine per opporsi è spirato, la legge presume che la parte condannata non sia stata a portata o a tempo di presentare i suoi mezzi di opposizione, epperò le conserva ancora la risorsa dell' appello. » Conseguita necessariamente da siffatta spiegazione che la parte la quale ha formata la sua opposizione non trovasi più nel caso preveduto dalla legge, e che essa non può conseguentemente rinunziarvi, per avvalersi del mezzo dell' appello. — (*Ved. sopra*, *la regola generale.*)

1572. *L' appello incidente prodotto dall' in-*

(1) In verità dicemmo altrove che l' opposizione non era più ammissibile dopo l' esecuzione, e che perciò la parte condannata dee fare la sua dichiarazione di opporsi prima che la sentenza sia eseguita. Dirà taluno come si può conciliare questa decisione colla precedente?

Ma noi rispondiamo che la conciliazione di queste due soluzioni trovasi nei termini degli art. 258 † 252 e 443 † 507. Il primo dice che l' opposizione sarà ammissibile *sino alla esecuzione*; dunque cesserà d' esserlo dopo. Il secondo stabilisce che per le sentenze contumaciali, il termine decorre dal giorno in cui l' opposizione non sarà più ammissibile; dunque l' appello è ammissibile dopo l' esecuzione.

timato deve forse esser notificato con atto alla persona o al domicilio? O, all' opposto, può formarsi con atto di patrocinatore a patrocinatore?

La corte di Rennes, con decisione del 3 febbraio 1808, giudicò siffatta quistione per la affermativa. La corte di cassazione erasi diggià pronunziata nell' istesso modo con arresto del 13 febbraio 1806 (*ved. giuris. delle corti supréme, tom.* 1, *pag.* 252); e sotto l' impero del codice, nel 26 ottobre 1808, risolvette la quistione nello stesso senso (*ved. Denevers*, 1808, *pag.* 517), avendo rigettato un mezzo d' inamisibilità ricavato dal motivo che in disprezzo dell' art. 454, l' appello era stato semplicemente notificato da patrocinatore a patrocinatore. Sarebbe inutile riportare una quantità di decisioni delle corti di appello le quali sono uniformi a siffatta giurisprudenza, oggimai fissata in una maniera irrevocabile.

Una decisione della corte di Pau del 1 aprile 1810, riportata nella Biblioteca del Foro, part. 2 pag. 321, similmente ritenne che l' appello incidente era validamente interposto per mezzo di conclusioni date all' udienza. In effetti siffatta decisione non è altro che una conseguenza della soluzione data alla presente quistione.

1578. *Per potersi notificare un' appello con atto di patrocinatore a patrocinatore, senza notificarlo alla persona o al domicilio, fa d' uopo necessariamente che questo appello sia relativo alla sentenza istessa in occasione della quale colui che l' interpone è intimato?*

Basta, secondo noi, ravvicinare l' art. 443 ai motivi su' quali è poggiato il titolo dell' appello sviluppati dagli oratori del Governo e del Tribunale, per convincersi chiaramente, che la eccezione stabilita nell' ultima disposizione del detto articolo, val dire la facoltà di appellare incidentemente con atto di patrocinatore, non si riferisce se non se all' appello, interposto dall' intimato, dalla sentenza che è l' oggetto dell' appello anteriore prodotto dalla parte avversa.

In tal modo appunto fu benanche deciso dalla corte di Aix li 24 maggio 1808 (*ved. la giurisp. sulla procedura, tom* 3, *pag.* 165), e da quella di Rennes il 2 luglio 1810 (*ved. il giorn. delle decisioni della detta corte, tom.* 1; *pag.* 281). Siffatte decisioni dichiararono che la regola generale stabilita nell' art. 156, il quale esige la notificazione dell' appello alla persona o al domicilio, debbe osservarsi ogni qual volta un intimato appella incidentemente da una sentenza contro la quale la parte avversa non siasi essa stessa renduta appellante.

In conseguenza di siffatti principj, venne deciso dalla corte di Rennes il 3 febbraio 1808 (*ved. Sirey, tom.* 8, *DD. pag.* 170), ed il 24 febbraio 1809, che un appello incidente è, come l' appello principale, sommesso alle disposizioni dall' art. 456.

In effetti il privilegio d' interporre appello incidentemente con atto di patrocinatore a patrocinatore, appartenendo all' intimato sol quando egli stesso appellasi dalla sentenza contro la quale la parte avversa pria di lui erasi gravata, non può considerarsi come un appello incidente che possa altrimenti notificarsi se non se alla persona o al domicilio, quello che l' appellante interpone da un' altra sentenza, e ch' è un secondo appello il quale si unisce al primo.

Nello stesso modo benanche la corte di Montpellier, con decisione del 30 aprile 1811 (*ved. Giorn. dei patrocinatori, tom* 4, *pag* 114), giudicò che, allorquando una sentenza abbia condannato solidalmente il marito e la moglie, il marito, dopo il suo intervento sull' appello interposto da quest' ultima, non può rendersi incidentemente appellante dalla stessa sentenza con atto di patrocinatore a patrocinatore; imperciocchè in tal caso non può dirsi esservi un' appello principale dell' avversario al quale l' appello del marito possa riattaccarsi.

Tutte queste decisioni provano esser necessario uniformarsi alle disposizioni dell' art. 456 † 510, in tutti i casi in cui l' appello incidente non ha per oggetto la sentenza istessa dalla quale la parte avversa siasi anteriormente appellata. Ma vi ha dippiù: con decisione della corte di Rennes del 10 novembre 1810 fu ritenuto che la eccezione stabilita nell' art. 443 non era affatto applicabile al caso in cui una sentenza essendo stata renduta in contraddizione fra tre parti, e la prima avendo prodotto appello contro la seconda, questa interponeva a sua volta l'appello contro la terza, a rischio, perigli e fortuna dell' appellante principale.

Siffatta decisione è rimarchevole, in quanto che stabilisce il principio che non può essere interposto appello dal succumbente, sia con atto di patrocinatore, sia dopo il termine, se

non è indiretto contro l' appellante principale che l'ha messo in causa. —(*Ved. il giorn. delle decisioni della corte di Rennes tom.* 1, *pag.* 745) (1).

1574. ***Allorchè una sentenza contiene molti capi, ed una parte interpone appello da uno di essi soltanto, può farse l'intimato con atto di patrocinatore e dopo il termine generale fissato dall'art.* 443, *interporre incidentemente appello dagli altri capi della stessa sentenza?***

Siffatta importante quistione, oggetto di una controversia che ci obbliga discuterla con ponderazione, fu risoluta per la negativa dalla corte di Nimes il 18 maggio 1806, e da quella di Rennes, il 1. agosto detto anno. Ma quest' ultima la decise in un senso opposto, li 11 marzo e 20 agosto 1817; e una ottima memoria di Nenfvillette, presentata alla corte suprema nella causa Thomasset e Saquin ci fa conoscere che la corte di Lione diede la stessa soluzione.

La decisione di Nimes, dopo di aver stabilito che ciascuna disposizione di una sentenza, sopra capi distinti, va riguardata come una sentenza separata, *tot capita, tot sententiae*, ne trae la conseguenza che il mezzo dell' appello principale, da prodursi nel termine, è il solo che appartiene alla parte condannata dalla disposizione separata, per togliere alla stessa l'autorità della cosa giudicata. E la ragione di ciò si è, che ciascuno è libero di acquietarsi, col suo silenzio o espressamente, alla cosa giudicata, ed in tal caso, non è più applicabile il terzo comma dell' art. 443, il quale autorizza l'intimato ad interporre appello incidentemente in ogni stato di causa. (*Ved. Sirey*, *tom.* 9, *pag.* 119.)

La decisione di Rennes fa una applicazione più rigorosa ancora del principio della divisibilità delle sentenze. Essa stabilisce che ancorquando l'appellante principale non abbia dichiarato, nel suo atto di appello, di limitarsi ad impugnare un sol capo della sentenza., ma abbia all' opposto prodotto puramente e semplicemente appello da siffatta sentenza, basta va che egli avesse a gravarsi di un sol capo, senza dolersi affatto degli altri, perchè l' intimato non potesse appellare incidentemente, con atto di patrocinatore a patrocinatore, da quei capi che gli porterebbero pregiudizio (2)

(1) Dal principio che l' intimato può appellare in ogni stato di causa e con atto di patrocinatore a patrocinatore, soltanto dalla sentenza la quale forma l'oggetto dell' appello principale, conseguita che se l' appellante vuole prevalersi di un' altra sentenza, l' intimato non può appellare incidentemente da quest' ultima, se non quando si trovi nel termine, senza poterlo fare con atto di patrocinatore a patrocinatore. Quindi mal si farebbe a seguire una decisione della corte di Nimes del 7 gennaio 1812 (*Sirey* 1814, *pag.* 371) la quale ritenendo che l'intimato non possa essere ammesso dopo il termine, pronunziò non ostante, ch' egli può ancora, in tempo utile, interporre il suo appello con atto di patrocinatore a patrocinatore. Vi è secondo noi una contraddizione manifesta in questa decisione. Del resto abbiamo riportati qui sopra esempi propri a far conoscere come si dee applicare la soluzione da noi data.

(2) Noi faremo due osservazioni al proposito di detta decisione.

La prima si è che nella quistione 1442 della nostra *Analisi*, dal rigetto del ricorso prodotto contro di essa in cassazione, rigetto pronunziato al 12 settembre 1811, abbiamo dedotto che la corte suprema aveva consacrato il principio della divisibilità. Questa decisione non rattrovasi nelle raccolte finora pubblicate, ma Neufvillette fece osservare nella citata memoria, che giusta la verificazione da lui fatta sull' originale, la corte non avea positivamente consacrato il principio della divisibilità, applicata dai giudici di appello, giacchè il mezzo per cassazione era stato rigettato come illusorio, sulla considerazione che, non ostante la eccezione d' inammissibilità, la corte di Rennes avea pure pronunziato in merito sul capo della sentenza del tribunale di prima istanza ch' era l'oggetto principale dell' appello. Aggiunge però questo stimabile giureconsulto, al quale dobbiamo la rettificazione dell' errore che ci era sfuggito, quest' omaggio alla verità non distrugge il principio formalmente ammesso dalla stessa corte di Rennes, nettamente consacrato da altre decisioni, la cui conseguenza naturale ed inevitabile lascia tutto il suo impero alla regola generale sul mezzo dell'appello principale nei termini, e sotto pena della decadenza dal dritto di appellare.

La nostra seconda osservazione si è, che, Coffinieres riportando la decisione della corte di Rennes *nel suo giornale dei patrocinatori* t. 4, pag. 345, ed adottando la decisione di Nimes, pel motivo che il primo appellante avea *espressamente ristretto* il suo appello al capo che pregiudicava i suoi dritti, egli fa contro quella di Rennes alcune osservazioni, fondate sul motivo che nella specie di quest'ultima, l' appello versava al contrario sul complesso della sentenza. Nella nostra *Analisi* non credemmo utile spiegarci su queste osservazioni, avendo considerata la quistione come decisa dall' arresto che avea rigettato il ricorso. Ora la precedente osservazione obbligaci a far conoscere

Le decisioni contrarie di Rennes e di Lione sono poggiate tanto sul motivo che l' art. 443 non stabilisce veruna distinzione, nè ammette la divisibilità della sentenza, che sull'inconveniente che siffatta dottrina presenterebbe ne'suoi risultamenti, in quantocchè una delle parti calcolerebbe il suo tempo in modo che interponendo l'appello principale alla vigilia, per così dire dello spirar del termine, essa potrebbe togliere, alla parte contraria il dritto di reclamare contro i capi di cui questa avrebbe a dolersi, e perciò, render nullo l' aiuto che la legge le offre nell' appello incidente.

Convenghiamo che l' art. 443 non stabilisce alcuna distinzione, e che verun testo del nostro codice ritiene il principio della *divisibilità*, secondo la quale ciascuna decisione, sopra un capo distinto, sarebbe considerata come una sentenza separata; ma accade quì come di una quantità di massime e di regole di giurisprudenza, le quali senza essere state dal legislatore consacrate in termini espressi, non sono però meno certe, avendo costantemente ricevuto l'assentimento de'magistrati e de' giureconsulti, e son passate a far parte della dottrina legale.

Or, tale si è il principio di cui parliamo. Stabilito formalmente dagli scrittori della nuova collezione di Denisart, alla parola *acquiescenza*, come diremo appresso sull' art. 444, è stato riconosciuto, non che ricevuto *dopo lungo tempo* dalle decisioni di Nimes e Rennes, e da un' arresto della corte di cassazione, del 26 pratile anno 11. — (*Sirey, tom.* 4, *pag.* 310, *ed il Bollettino ufficiale*.).

Nella specie di quest' ultimo arresto, il Tribunale di Monte-Tonnerre, dovè pronunziare sopra diversi articoli di un conto, fra gli eredi Winter e Meister.

Ne avea aggiudicato due rigettando il terzo.

Gli eredi Winter notificarono questa sentenza a Meister con precetto per la esecuzione.

Ciascuna parte appellò dalla sentenza.

Il tribunale civile del dipartimento dichiarò irricettibile l' appello degli eredi Winter, sull' unico motivo che avendo volontariamente prestata la loro acquiescenza alla sentenza del tribunale di commercio, ed avendola fatta eseguire, siffatta sentenza avea acquistata verso i medesimi l' autorità della cosa giudicata. Ma l' acquiescenza degli eredi Winter prestata su quei capi della sentenza totalmente distinti e separati da quello di cui dimandavano la riforma, non dava luogo ad oppor loro siffatta acquiescenza, nè di applicare le leggi che danno l'autorità della cosa giudicata alle sentenze cui siasi prestata acquiescenza.

In conseguenza, la decisione della corte di appello fu annullata per falsa applicazione dell' art. 5 del tit. 27 dell' ordinanza del 1667, il quale attribuisce l' autorità della cosa giudicata, sia all' acquiescenza formale, sia *alla mancanza di appello interposto nel tempo prescritto dalla legge*, sia all' appello dichiarato perento (1).

« Attesochè si ha per massima che qualora » una sentenza abbia pronunziato su più capi » della dimanda, indipendenti gli uni dagli » altri, la disposizione che colpisce ciascuno di » questi capi della causa è riguardata come una » sentenza separata, dalla quale è permesso a » ciascuna parte appellarne, senza privarsi » del dritto di acconsentire alle altre disposi- » zioni, come ancora di procedere per la ese- » cuzione provvisionale, allorchè la materia » n' è suscettibile; che siffatta regola fu sem- » pre risguardata come costante; e che l'ordi- » nanza del 1539 non si è punto limitata a » lasciare all' appellante da una sentenza la » quale contiene più capi, la facoltà di limita- » re il suo appello a quei soli che gli arrechereb- » bero un danno, e di eseguire le altre dispo- » sizioni; ma ch'ella gliene avea imposto un'ob-

il nostro sentimento, ch'è uniforme alla decisione di Rennes. In effetto, se noi dimostriamo, e crediamo di riuscirvi, che la massima *tot capita, tot sententiae*, è sempre stata ricevuta nella giurisprudenza, ne risulterà ch' ella debb' essere applicata, anche nel caso in cui l' appellante principale non *dichiari formalmente che egli limita il suo appello* ad un capo della sentenza. E chiara si è la ragione, perocchè sarebbe assurdo supporre che l' appello ch' egli interpone puramente e semplicemente dalla sentenza, versasse su i capi per rispetto a' quali egli ha guadagnata la causa: per lo che è necessario presumere non aver egli appellato che dai soli capi che gli pregiudicano, e questo appello non può rilevare dalla decadenza l' intimato, unico interessato ad impugnare la sentenza per ciò che lo risguarda.

(1) Vi è parimenti decadenza dall' appello prodotto dopo i termini, e vi è presunzione legale di acquiescenza, ai termini dell' art. 444 † 508 del codice di procedura civile.

» bligo espresso col suo art. 114, sottomettendo» dolo a dichiarare il capo sul quale intende» va appellarsi, ed a soffrire la esecuzione del » dippiù della sentenza » ec. ec.

Secondo lo stesso principio della divisibilità delle sentenze puossi interporre appello dalle altre disposizioni diverse da quelle che formavano l' oggetto del primo appello principale, purchè si faccia nel termine, o che non siasi prestata acquiescenza; e possono egualmente prodursi successivamente due ricorsi in cassazione contro la stessa sentenza considerata sotto il rapporto di due capi differenti e distinti — (*Ved. la decisione del* 22 *brumaio*, *anno* 13; *Sirey anno* 13, *pag.* 189).

Ed è benanche secondo lo stesso principio della divisibilità delle dimande, che riconoscesi se vi sia luogo all'autorità della cosa giudicata, cioè: *eaedem personae*, *eadem res*, *eadem causa petenti*—(*Ved. l'art.* 1331+1285 *del cod civ.*)

Ed è finalmente a norma delle regole della cosa giudicata ch' è agevole conoscere i capi distinti delle dimande e le diverse sentenze separate (1).

Sembrandoci adunque dimostrato il principio della divisibilità, e ciascuna disposizione di una sentenza stabilita sopra capi assolutamente distinti, formando per conseguenza tante sentenze particolari, ed egualmente distinte, chiaramente si scorge che dal motivo che il giudice abbia pronunziato su questi capi con un solo e medesimo atto pubblico, che chiamasi *una sola e medesima sentenza*, non può risultare che sia indivisibile ciocchè, per sua natura, è essenzialmente divisibile.

(1) Si opporrebbe in vano, sia un arresto della corte di cassazione del 20 dicembre 1815 che decide (e nella specie di una sola sentenza) che » ai termini dell' art. 443 † 507 § 3, la facoltà » di appellare incidentemente in qualunque stato » della causa da una sentenza di prima istanza, » non può perdersi se non se coll' acquiescenza » formale portata a tale sentenza dall'intimato *po-* » *steriormente all' appello* prodotto dalla parte » condannata ». (*Sirey*, *t.* 16, *pag.* 242) e per l' acquiescenza posteriore, una decisione del 31 ottobre 1809 (*Denevers* 1809, *pag.* 465), sia un altra decisione del 26 ottobre 1808 (*vedi la stessa raccolta*, 1808 *pag.* 517 *a* 521 *e Sirey t.* 9, *pag.* 98). Rispetto poi alla confutazione delle deduzioni che si pretendesse desumere da queste decisioni, veggasi il consulto del Sirey, inserito nella sua raccolta del 1820, parte 2, pag. 328 e soprattutto la pag. 330.

Avviene per questo caso come per quello di un solo contratto, nel quale le stesse parti possono trattare e transigere su molti affari indipendenti gli uni dagli altri.

Egli è vero adunque che nel fondo, e salvo la forma di pronunziare *immediatamente*, le parti hanno altrettante sentenze, propriamente dette, per quanti sono i capi distinti su di cui si è giudicato, e che esse trovansi nella stessa posizione come se fossero state pronunziate diverse sentenze e separatamente spedite.

Or, siccome il giudice non ha l' intenzione nè il potere, nel pronunziare immediatamente su ciascun capo delle dimande e conclusioni principali o accessorie, autorizzando così una sola spedizione di quanto ha giudicato, di rendere indivisibile ciò ch' era divisibile e che fu pronunziato in siffatto stato di divisibilità, nè di esentare qualcuna delle parti dall' adempimento delle regole generali relativamente alla esecuzione ed all' autorità delle sue decisioni, nè di estendere i casi di eccezione, è necessario perciò che ciascuna parte agisca, per quel che riguarda ciascheduna sentenza propriamente detta, uniformemente alla regola generale, e che essa non invochi l'eccezione stabilita nello stesso art. 443 del codice di procedura civile, se non relativamente a ciascuna sentenza.

Io notifico alla persona o al domicilio la sentenza che ne contiene diverse,

In tal modo, notifico realmente più sentenze;

In tal modo, metto la parte contraria regolarmente in mora di eseguire quelle tra le sentenze che aggiudicarono tutte o una parte delle mie dimande principali ed accessorie.

Sarà, in qualche maniera, una sentenza molto più distinta delle altre, quella che avrò notificata alla mia parte contraria, se la detta sentenza rigetti una delle sue dimande principali, indipendente dalle mie.

Allora la regola come debbe condursi ciascuna delle parti non è più dubbia.

Quella che ha succumbuta più o meno completamente nella sua dimanda principale, distinta e particolare, deve interporre appello *principale* ne' tre mesi dalla notificazione della sentenza alla persona o al domicilio, sotto pena della perdita del dritto di appellare (*Ved. l' art.* 443 *e* 444 *del codice di proc. civile.*)

L' altra parte può, esigendolo il caso o l'in-

teresse, interporre appello *incidente*, in ogni stato di causa, ma necessariamente sempre per quelle disposizioni che hanno rapporto colla detta sentenza.

In quanto alle altre sentenze egualmente notificate, e che mi arrecano danno, spetta a me d' interporre benanche un appello principale ne' tre mesi a contare dalla notificazione, sotto pena di decadenza da un tal dritto, e come io posso formare questo appello principale pria di alcuna notificazione, la quale mi ponga in mora di eseguire o di accettare, il succumbente (mio avversario) potrà a sua volta interporre, più presto o in qualunque stato di causa, incidentemente appello dalla sentenza, qualora siavi luogo.

In risguardo alla obiezione ricavata dal motivo che una delle parti, interponendo il suo appello negli ultimi giorni del termine, potrebbe privare il suo avversario della facoltà d'appellare incidentemente, noi crediamo che essa contiene un' argomento frivolo.

In effetti io notifico la sentenza,

In tal modo, il mio avversario vien messo in mora di eseguirla, o d' interporre appello principale nei termini.

Ma ciò non mi toglie il dritto d' interporre appello principale dall' altra sentenza che mi arreca danno.

Io non posso adunque interporre il mio appello principale, dopo spirato il termine per l' appello principale dalla sentenza colla quale vinco la causa.

Dal perchè io adempio a quanto debbo contro la parte contraria, in ciò che la riguarda, non ne conseguita che la stessa sia dispensata di agire similmente contro di me per far decorrere il termine per appellare, in rapporto alla sentenza che rigetta i miei capi distinti della dimanda.

Sarebbe ridicolo ammettere che colui il quale vigila per conservarsi i propri dritti, fosse obbligato ancora a tutelare quelli del suo avversario.

Non vi ha luogo adunque ad imputarmi un tempo fraudolentemente calcolato, dovendo la parte contraria incolpare a se stessa la sua volontaria negligenza.

Senza dubbio la legge ammette, per eccezione alla regola generale, l' appello *incidente* in ogni stato di causa.

Ma per quanto generale sia siffatta disposizione, nulla vi si scorge che distrugga il principio e gli effetti della divisibilità delle sentenze; perchè la legge, nell' art. 443, suppone una *sola sentenza*, il cui appello principale apre la strada all' appello *incidente*; il quale evidentemente non può riattaccarsi che all' appello principale, il di cui oggetto è la sentenza impugnata. Non vi ha materia incidente in riguardo ad un' altra sentenza, nè rispetto ad un' altro appello principale, che non esiste.

Diversamente la regola generale stabilita nella prima disposizione dell' art. 443 diverrebbe illusoria; e la eccezione così intesa colla terza disposizione dello stesso articolo darebbe appunto questo [illegible]

Per tutti questi motivi; ricavati in parte dalla memoria di Neufvillette ed a' quali è indispensabile unire quelli che Sirey, sviluppati nella consulta inserita nel tomo 20 della sua raccolta, parte 2, pag. 328, noi persistiamo nella opinione manifestata nelle nostre opere precedenti, e teniam per fermo, che ogni qual volta una sentenza contenga diversi capi distinti e non connessi (1), e che non vi sia appello principale, se non relativamente ad uno di questi capi; che similmente allorquando, nella stessa ipotesi, vi è stato appello principale senza interporsi appello puramente e semplicemente da una sentenza che, per molti capi, avrebbe data la vittoria all' appellante, bisogna conchiudere, pel primo caso, che l'appello incidente, riguardo ai capi non impugnati, non è ammissibile; pel secondo, che non lo è ugualmente, poichè l' appello principale non ha potuto versare su capi giudicati in favore dell' appellante; che finalmente in queste due circostanze l' intimato deve imputare a se stesso la colpa di non aver interposto appello prin-

(1) Noi diciamo *non connessi*, perciocchè l' appello interposto dall' intimato avverso un capo non impugnato dall' appellante, ma connesso con altro capo della sentenza, non debbe riguardarsi come appello principale. Difatti il principio *della divisibilità* non s' intende se non nel senso che tutt' i capi sono assolutamente *distinti e separati*. E ciò appunto dalla corte di Rennes fu giudicato con decisione del 19 giugno 1811, che, come ognun vede, consacra di nuovo questo principio.

cipale dalla sentenza entro i tre mesi dalla sua notificazione adempita con atto giuridico alla persona o al domicilio (1) (*).

1575. *L'intimato può forse interporre appello incidente, sol quando trovasi nel termine di tre mesi a contare dalla notificazione fattagli dall' appellante?*

Gli scrittori del Pratico francese, tom. 3, pag. 31, risolvono affermativamente questa quistione. Ma basta leggere l'esposizione dei motivi sul titolo dell' appello (*ved. ediz. di F. Didot, pag.* 130 *e* 131) per rimaner convinto che il legislatore ebbe intenzione di dare alla parte intimata il dritto di appellare *in ogni stato di causa*, anche dopo il termine di tre mesi, a contare dalla notificazione che le sarebbe stata fatta.

Ed ancor qui ci dispensiamo di riportare tutte le decisioni che pronunziarono in siffatta guisa, delle quali molte sono citate nelle precedenti quistioni; ma ci limiteremo soltanto ricordare quella del 26 ottobre 1808, diggià citata nella precedente quistione, la quale adottava una giurisprudenza formata pria della pubblicazione del codice di procedura (*ved. il nuovo Reportorio, alla parola* appello, *tom.* 1, *pag.* 247), dall' art. 443 evidentemente consacrata. Tal' è benanche l'opinione di tutti gli scrittori — (*Ved. tra gli altri Pigeau, pag.* 361.)

1576. *L'intimato conserva forse la facoltà di appellare incidentemente, allorquando ha incominciato ad eseguire la sentenza ch' è l'oggetto dell' appello principale?*

Finchè la parte condannata non ha manifestata la intenzione di appellare dalla sentenza che l'è notificata, quella a di cui istanza fu fatta la notificazione, ha dovuto credere che la medesima annuisse alla sentenza, ed ha avuto il dritto a dimandarne la esecuzione. Ma tosto che la detta parte condannata interpone appello, tostochè rimette così in quistione quanto fu giudicato, e cangia la situazione e l'interesse del suo avversario, giustizia richiede, che costui abbia il dritto di appellare da quei capi che gli fossero di pregiudizio, ed a' quali non avea egli annuito se non nella fiducia che l'altra parte avesse prestata acquiescenza alle condanne contro di lei pronunziate. Per la qual cosa può interporsi appello incidente, non ostante un principio, di esecuzione della sentenza; e ciò appunto sembraci risultare chiaramente dalla esposizione dei motivi del titolo dell' appello (*ved. l'ediz. di F. Didot nel luogo citato*), ed è tale pure l'opinione sostenuta da Lepage nelle sue quistioni pag 303 e 304.

1577. *Ma se l'intimato conchiude senza riserve per la conferma della sentenza da cui si è appellato, può in seguito interporre appello incidente?*

Mercè il suo appello, la parte avversa all' intimato costituisce quest' ultimo in mora d'appellare incidentemente: per lo che le conclusioni le quali, da parte di costui, tendono, puramente e semplicemente, alla conferma della sentenza, stabiliscono una acquiescenza formale ed assoluta che non più lo autorizza ad appellare incidentemente. In siffatta circostanza distinguesi l'acquiescenza data pria dell' ap-

(1) Dippiù, si può osservare quanto il passaggio della Esposizione dei motivi incluso nel commentario dell' art. 443+507, può prestar appoggio alla dottrina da noi sostenuta.

[« Noi abbiam sostenuto in questo numero che nel caso in cui una sentenza contenga molti capi e che una parte interponga appello da uno di questi capi soltanto, non poteva l'intimato con atto di patrocinatore e dopo il termine generale stabilito dall' art. 443, interporre incidentemente appello dagli altri capi della medesima sentenza. Niuno arresto di cassazione, il quale avesse decisa siffatta quistione era ancor giunto a nostra conoscenza; ma poscia l'arresto pronunziato nella causa Sequin fu pubblicato da Sirey, tom. 24, part. 1 pag. 166. Questo arresto senza rigettare il principio della divisibilità sul quale noi fondiamo la nostra opinione, ha contrariamente deciso che l'art. 443 del cod. di proced. autorizzava *indistintamente* l'appello incidente in ogni stato di causa, che questo appello era ammissibile anche contro capi della sentenza diversi da quelli sui quali vi è appello principale, ancorchè i capi sieno distinti e separati. Del resto noi ripetiamo che questa decisione è fondata unicamente sulla massima, secondo la quale *non è permesso di distinguere quando la legge non fa alcuna distinzione*: laonde in qualunque altro caso in cui abbiamo argomentato dal principio della *divisibilità* delle sentenze non potrebbe essere opposto il medesimo arresto. »]

(*) Questa quistione la quale in Francia ha dato luogo ad una animatissima discussione, non che quella sistente al n. 1581, è stata presso di noi troncata da una espressa disposizione dell'art. 508 delle nostre leggi di procedura civile, in dove sta detto. « Se la sentenza contenga più capi, » e siasi per alcuni soli appellata, la parte ap- » pellata potrà incidentemente appellare dagli al- » tri ».

pello dall'intimato come nella specie della precedente quistione, dall' acquiescenza data posteriormente. Ma vi ha dippiù : le conclusioni proposte dall' intimato, in contumacia dell'appellante, affin di ottenere la conferma della sentenza renderebbero inamissibile l' appello ch' egli volesse interporre dietro l' opposizione dell' appellante principale. Tal' è la soluzione che nasce da tre arresti della corte di cassazione de' 6 frimaio anno 13, 31 ottobre 1809, e 23 gennaio 1810. — (*Vedi Denevers*, *anno* 13, *suppl. pag.* 97 ; 1809, *pag.* 469 *e seg.*, *e* 1810, *pag.* 79) (1) (*).

1578. *Una parte la quale non è stata intimata sull'appello prodotto avverso una sentenza, nella quale essa ha figurato, può forse, quando abbia interesse a veder confermata la disposizione di questa sentenza impugnata dall' appellante, intervenire ed appellare* incidentemente, *anche dopo il termine di tre mesi, da un'altra disposizione della stessa sentenza?*

L' arresto della corte di cassazione del 26 ottobre 1809, già citato sulla quistione 1572 pronunziò affermativamente sulla presente, attesochè colui ch'era stato parte nella sentenza appellata, dovea esser intimato nel giudizio di quest' appellazione ; ch' ei si trovava perciò compreso nella eccezione fatta all' ultima disposizione dell'art. 443 ; che il suo appello era un appello incidente il quale non era suscettibile dell' applicazione delle altre disposizioni dello stesso articolo, e di quelle degli art. 444 † 508, e 456 † 520.—(*Vedi Denevers*, 1808, *pag.* 319.)

1579. *Allorchè una parte interpone appello da una sentenza, e l' avversario conosce che la detta sentenza può esser riformata su taluni pun-*

(1) Nondimeno, l' intimato non si renderebbe inammissibile in un appello *a minima*, ottenendo puramente e semplicemente una decisione contumaciale contro dell' appello principale. (*Rennes* 26 *giugno* 1810).

Nè vi è contraddizione tra questa decisione e quella della corte di cassazione del 23 gennaio 1810, sulla quale noi abbiamo stabilita la proposizione contenuta nel numero precedente, attesocchè esisteva tra questa decisione e quella di Rennes la differenza, che nella specie della prima, l' appello *a minima* era interposto nel corso della prodotta opposizione alla sentenza contumaciale.

(*) La nostra giurisprudenza fluttuante per qualche tempo sulla soluzione della proposta quistione, sembra finalmente avere abbracciata una opinione opposta a quella ritenuta dal nostro A. Ecco i fatti che in Corte Suprema a Camera riunite diedero luogo a grave discussione per la causa tra Orlando e Moraca.

Da una sentenza del tribunal civile di Cosenza del 10 novembre 1813 appellato avea Moraca.

Alla corte di appello di Catanzaro il 25 luglio 1814 per la contumacia dell'appellante, l'appellato Orlando, mentre chiedea congedo, conchiudea senza riserbe a ciò che la sentenza appellata si fosse confermata. Notificava egli stesso il congedo senza proteste.

Opposizioni di Moraca — Esibizione di un' istrumento, su cui s' impegna una quistione di falso, risoluta per la falsità il 21 febbraio 1826.

Novità per un' altra sentenza di rescissione di contratto eran fra questo intervallo avvenute, e la sentenza di rescissione operava nuovi argomenti a pro di Orlando. Questi perciò nel ritornare alla Corte di Catanzaro per lo rigetto delle opposizioni, si provvede il 15 marzo 1816 di appello incidente avverso la sentenza del 10 novembre 1813 appellata in principale.

Il 6 aprile 1816 la Corte di appello di Catanzaro dichiara inamissibile l' appello incidente di Orlando.

Ricorso per annullamento — A' 13 dicembre 1816 la Corte di cassazione annulla, e rinvia la causa alla Corte di appello di Napoli.

A *sezioni riunite* la Corte di appello eleva fra le altre la quistione. « Una parte resistente alle » opposizioni può essere ammessa ad appellare in» cidentemente dalla sentenza confermata a sua » istanza dai secondi giudici ? — Il 25 febbraio » 1817 con lungo ragionamento la Corte *dichiara inamissibile l' appello incidente*.

Ricorso per la seconda volta in Cassazione, accolto con arresto del 6 novembre 1817, che rinvia la causa alla G. Corte civile di Napoli.

La G. Corte con decisione in 2. Camera, ruolo n. 2577, del 9 settembre 1818 analizza la quistione : Ritiene che *non si può appellare* dalla sentenza alla quale siasi la parte acquetata ; che se è permesso in *qualunque stato* appellare per incidente, ciò si debba intendere *fino alle conclusioni*, non » *al di là delle conclusioni* prese alla udienza dei » secondi giudici per la conferma dell' appellata » sentenza ». Dichiara *inamissibile* l' appello incidente.

La Corte Suprema di giustizia, *a camere riunite*, il 16 gennaio 1821 rammenta che l' art. 443 cod. di proced. abolit. (*oggi* 507 *leg. di proc. civ.*) permette allo appellato poter interporre appellazione incidente in *qualunque stato della causa*, ancorchè senza protesta o riserba avesse fatto seguir la intimazione della sentenza — annulla la decisione, rinviando la causa alla G. Corte civile di Napoli. (*Arresto a camere riunite* 16 *gennaio* 1821, *causa* Orlando e Moraca) (*Vasel. Manual. pel Giurecons. vol.* 2, *pag.* 233 *a* 235.)

ti nell' interesse dell' appellante, dee forse interporne appello incidente ?

È più naturale che con atto notificato alla parte contraria dichiari ch' essa rinunzia al beneficio della sentenza, relativamente alle disposizioni per le quali ha ragion di temere che sia riformata. Qualora l' appellante è contento di siffatta rinunzia, se ne fa dar atto dalla corte; ma se, all' opposto, continua le sue procedure, e la corte giudica esser sufficiente tale rinunzia, sarà condannato alle spese fatte posteriormente, perciocchè accade qui come per le offerte reali, le quali abbenchè non accettate, vengono nulladimeno riputate sufficienti per privare d'ogni interesse colui al quale furono fatte— (*Vedi Demiau Crouzilhac, pag.* 321 *e* 322.)

1580. *Se l' appello principale è giudicato inammissibile o mal fondato, potrebbesi non ostante far dritto all' appello incidente ?*

Noi avvisiamo che, nel primo caso, non vi sarebbe luogo a pronunziare sull' appello incidente, perocchè dichiarandosi inammissibile l'appello principale, per esempio, per non esser stato interposto in termine, sarebbe considerato come non avvenuto. Or poichè l'appello incidente va innanzi sol quando vi è appello principale, sembraci, conseguentemente, che esso stesso debba considerarsi come non avvenuto, in una parola, come sostiene Hautfeuille, alla pag. 262, la inamissibilità dell' appello principale porta seco l' annullamento dell' appello incidente.

Ma, dice lo stesso autore, potrebbe accadere che l'appello principale fosse ritenuto *mal fondato*, val a dire, che fosse dichiarato, rispetto all'appellante, essere stato *ben giudicato, e mal appellato*; ciò non impedirebbe che si facesse diritto all'appello incidente, il quale si trovasse ben fondato. Noi ammettiamo pure questa distinzione, attesochè in questo secondo caso, l' appello principale non ha cessato di esistere, essendosi all' opposto pronunziato su i gravami della parte che l' avea interposto (1).

(1) Pertanto abbiamo detto nella quistione 1433, che la rinunzia all' appello principale non impedirebbe di pronunziarsi sull' appello incidente, al quale darebbe luogo, se l'intimato ricusasse di accettare questa rinunzia, a motivo che si sarebbe fatto ad unico oggetto di far cadere il suo appello annullando l' appello principale. Nè vi è alcuna contraddizione tra questa soluzione e ciò che noi abbiam detto, cioè, che l' appello principale, dichiarato inammissibile, fa cadere l'appello incidente. La ragione di questa differenza si è che la facoltà di produrre incidentemente appello in qualunque stato della causa, non è accordata all' intimato se non se in conseguenza della presunzione che non avrebbe appellato, qualora il suo avversario non avesse appellato egli stesso. Or l' intimato facendo dichiarare non ammissibile l'appello di questo, si rimette volontariamente nello stato in cui era prima di detto appello, e per conseguenza quello che egli ha incidentemente interposto, deve riputarsi, siccome l' altro, come non avvenuto. Ma bisogna altrimenti ritenere nel caso della rinunzia, poichè essa è l'effetto della volontà dell' appellante principale, dal quale non può dipendere di privare l' intimato del dritto acquistato di far pronunziare sul suo appello. In somma, opponendo un mezzo d' inammissibilità contro dell' appello principale, l' intimato rinunzia al suo appello incidente; ma non può esser costretto a tale rinunzia con un atto della parte avversa.

1581. *L' appello da una sentenza, autorizza forse a riformare quelle disposizioni della stessa le quali non fossero state impugnate ?*

La negativa è nella regola generale, ma però sembra aver formato l' oggetto di un dubbio, perciocchè si è creduto necessario confermarla con un avviso del Consiglio di stato del 25 ottobre 1806, approvato il 12 novembre dello stesso anno. Intanto era stata già formalmente ritenuta con arresto della corte di cassazione, del 9 pratile anno 8 (*ved. Sirey, tom.* 1, *part* 2, *pag.*245), col quale fu stabilito che dietro l' appello da alcune disposizioni di una sentenza, quelle che non sono impugnate non possono riformarsi a vantaggio della parte che non abbia interposto appello.

ART. 444 + 508. *Questi termini sono perentorî relativamente a tutte le parti, salvo il ricorso contro chi di ragione. Però contro il minore non emancipato i termini non corrono che dal giorno in cui la sentenza è stata notificato tanto al tutore, che al tutore surrogato, quantunque quest'ultimo non sia stato parte in causa*(2) (*).

Leg. del 16 agosto 1798, tit. 5, art 14 — C. C. art. 420, 450 — C. di P. art. 445, 448, 763, 1029.

(2) Sotto l'impero della legge del 24 agosto 1790 il termine decorreva contro i minori. (*Angers,* 11 *aprile* 1821; *Sirey t.* 22, *pag.* 175).

(*) Abbiam già riportata alla nota n. 5 l' aggiunzione fatta dal nostro art. 508 all' articolo francese 444.

CCCLXVIII. Il termine per appellare fissato dall' articulo precedente è perentorio, uniformemente all'articolo in disamina; disposizione che trovasi benanche nella legge del 24 agosto 1790, e ch' era altrettanto più importante da ripetere nel nostro codice, in quanto che il suo silenzio avrebbe potuto ritenersi come una derogazione.

L' antica legislazione ammise molte eccezioni alla regola generale, in risguardo al termine di dieci anni per appellare. Siffatto termine era doppio, allorchè trattavasi di dominî della chiesa, di ospedali, di collegî; nè cominciava a decorrere contro i minori, che dal giorno della maggiorità; poichè ebbe a considerarsi che gl'interessi dello stato, e degli stabilimenti pubblici, quegli stessi de' minori sono troppo spesso compromessi dalla negligenza e dalla infedeltà. Ma se per rispetto a costoro debbono prendersi necessarie precauzioni, gli autori del novello codice han giudicato non essere assolutamente effetto indispensabile sacrificar loro, con termini troppo lunghi, l'interesse de' cittadini che debbono difendere dritti opposti. Lo scopo si è quello di assicurare che la religione de' giudici sia illuminata, senza arrestare il corso del giudizio, e tale scopo va facilmente raggiunto mercè il nuovo mezzo di sicurezza adottato dal nostro articolo senza prolungare il termine per appellare. Il codice civile concede al minore un tutore ed un tutore surrogato. Quest' ultimo è incaricato di agire per gl' interessi del minore, allorchè sono in opposizione con quelli del tutore. Affinchè la negligenza, la quale sovente è causa di conseguenze irreparabili, non sia più a temersi, esigesi, che ogni sentenza suscettibile di appello sia notificata tanto al tutore che al tutore surrogato, anche quando quest' ultimo non fosse stato in causa; il tutore surrogato allora non è incaricato della difesa del minore durante l'appello, ma, nella stessa maniera del tutore, sarà risponsabile, se lascia passare il termine di tre mesi dopo la notificazione che gli sarà stata fatta, senza aver preso le misure prescritte dalla legge, per conoscere se debba interporsi l'appello. (*Ved. il codice civile*, *art.* 420 † 342.) Lo stesso applicasi all'interdetto, che l'art. 509 † 432 del codice civ. assimila al minore relativamente alla persona ed a' beni (1).

(1) Il codice ha d' altronde adottata una misura la quale mette vieppiù lo stato, i pubblici stabilimenti, i minori, e gl' interdetti, al coperto dalle sorprese delle quali potrebbe esser ravvolto il tribunale, ammettendoli a produrre il ricorso per la ritrattazione della sentenza, allorchè non fossero stato difesi, o allorchè nol fussero stati validamente. (*Vedi le nostre quist. sull' art.* 488 † 552).

1582. *Quali sono, oltre quelli risultanti dall' esser spirato il termine per appellare, i mezzi d'irricettibilità che possonsi opporre per far dichiarare inamissibile la procedura?*

In generale, contro un appello si possono opporre tutt' i mezzi d'irricettibilità ch'è permesso elevare avverso una dimanda formata in prima istanza (*vedi in conseguenza, più innanzi, le nostre quistioni sul titolo delle eccezioni, e qui appresso, quelle che esamineremo sull' art.* 456); ma i più importanti son quelli nascenti dall'aver la sentenza acquistata *l'autorità della cosa giudicata*, non solamente per essere spirato il termine, uniformemente all'art. 444, ma ancora per l'acquiescenze formale o tacita della parte che vorrebbe rendersi appellante anche incidentemente.

1583. *Che intendesi per cosa giudicata? In quali casi e contro quali persone puossi opporre l' autorità che ne risulta?*

In dritto, le parole *cosa giudicata* han differenti significati; talora prendesi pel risultato di una sentenza, tal' altra per la sentenza istessa; sovente benanche si adopera per esprimere la giurisprudenza, ch'è l'effetto della uniformità di differenti decisioni pronunziate sopra un istesso punto di dritto; e si è in siffatto senso che dicesi *invocare l'autorità della cosa giudicata*, val a dire giustificare la sua dimanda o le sue difese sopra decisioni rendute nelle specie simili (2). Ma siffatte espressioni adopransi particolarmente per indicare la cosa giudicata mercè una sentenza pronunziata in ultimo grado di giurisdizione, o pure addivenuta inattaccabile per le vie ordinarie (3). Si è sotto

(2) Vedi, circa le autorità che possono avere le decisioni giudiziarie nelle cause contenziose, diverse da quelle sulle quali esse decisioni sono state pronunziate tra le stesse parti, la dissertazione sulla giurisprudenza delle decisioni, al principio del Dizionario delle decisioni moderne fatto da Loyseau e Dupin.

(3) Noi diciamo *per le vie ordinarie*, vale a dire per mezzo della opposizione, o dell' appello, perchè i mezzi straordinari non tolgono alla sentenza, fino a che sussiste, l' autorità *della cosa*

questo rapporto, che l'autorità della cosa giudicata opera l'irricettibilità non solo dell'appello da una sentenza, ma benanche di qualunque nuova dimanda fornita contro le stesse parti, pel medesimo oggetto e per la stessa causa (1).

Di rado avviene che una parte lascia acquistare contro di essa l'autorità della cosa giudicata, nascente dallo spirar del termine per appellare, ma quella che risulta dall'acquiescenza è il mezzo d'irricettibilità che opponesi più frequentemente nella causa in grado di appello; adunque è necessario esaminare in quali circostanze può dirsi che esista o pur no l'acquiescenza ad una sentenza emessa in prima istanza; e tal'è l'oggetto della seguente quistione.

1584. *In quali circostanze repulasi una sentenza aver acquistata o pur no l'autorità della cosa giudicata mercè l'acquiescenza della parte?*

Chiamasi *acquiescenza* l'adesione o il consenso prestato da una parte ad una sentenza o a qualunque siasi altro atto.

Acquietarsi ad una sentenza, suona lo stesso adunque di approvare le disposizioni ed assoggettirsi ad eseguirle, o almeno consentire che esse ricevano la loro esecuzione, e rinunciare all'appello che sarebbe stato o potrebbe esser interposto; in somma accordare a siffatta sentenza l'autorità della cosa giudicata.

L'acquiescenza è FORMALE O TACITA.

È *formale*, allorchè prestasi con un atto contenente la dichiarazione positiva della parte (2) o di colui ch'è munito di procura speciale. — (*Rodier sull'art.* 5 *del tit.* 27 *dell' ordin.*)

È *tacita*, allorchè risulta o dal suo silenzio, o da un fatto proprio, il quale non permette di dubitare di aver essa inteso consentire alla sentenza, e volerne la esecuzione (3). — (*Vedi*

giudicata; mentrecchè ogni sentenza la quale può esser impugnata per mezzo della opposizione o dell'appello non può dirsi passata in giudicato. (*V. Delvincourt*, *pag.* 394 *delle Instit. e p.* 394, *nelle note*).

(1) Vedi il Cod. civ. art. 1350 e 1351 † 1304 e 1305, e Delvincourt, tom. 2, pag. 73 degl'Istituti, e pag. 394, nelle note.

(2) Perciò sottoscrivere una dichiarazione che si ha *per notificata* una sentenza e che si promette di uniformarvisi, vale lo stesso che prestarvi acquiescenza e rendersi inammissibile ad appellare (*Cassaz.*, 16 *feb.* 1816; *Sirey t.* 16, *pag.* 158); e questa acquiescenza può farsi validamente anche per mezzo di una semplice lettera missiva. (*Cassaz.* 25 *pratile, anno* 6 e 20 *gennaio* 1816 *nel nuovo Repert. v. Viduité*, *t.* 13, *pag.* 372 *a* 384 *della* 3 *ediz. Giurispru. delle corti supreme t.* 1, *pag.* 4).

Ma se la lettera non contiene che semplici offerte è necessario, perchè l'acquiescenza produca i suoi effetti, di provare che la parte da cui si fecero, abbia ricevuto dall'altra una lettera che ne contenga l'accettazione. (*Rennes*, 3 *termidoro, anno* 8).

(3) Per esempio si potrebbe opporre il mezzo d'inammissibilità risultante dall'acquiescenza tacita nei casi seguenti.

1. Se la parte ha dimandata dilazione, sia per pagare le spese, sia per eseguire la condanna (*L.* 5 *cod. de re judicata*); 2. con maggior ragione, se abbia pagato le spese, senza riserve e senza protesta (*vedi sopra la quistione* 664); 3. se abbia fatto qualche atto il quale suppone evidentemente ricognizione del debito, ch'è l'oggetto della condanna, per esempio se lo comprenda nel suo bilancio; (*Parigi* 27 *glaciale anno* 12; *Sirey t.* 7, *parte* 2, *pag.* 762); 4. se essa assiste personalmente all'esame testimoniale che si fa contro di lei (*vedi sopra le quistioni* 1562); 5. se accetti le offerte o se ricusi un fidejussore; poichè in ciò ella esegue il giudicato, come vedrassi appresso nel lib. V. tit. 1 e 2; e se dopo una sentenza, la quale ha ordinato di proseguirsi l'aggiudicazione non ostante appello, la parte pegnorata lo interpone, e nondimeno domanda una sospensione al momento dell'aggiudicazione. (*Cas.* 16 *novembre* 1818; *Sirey, t.* 20, *pag.* 877.)

Tutti gli atti che noi abbiamo particolarizzati facendo infatti scorgere la *niuna idea* di voler appellare o di proseguire l'appello, producono un'*acquiescenza tacita* e per conseguenza, un mezzo d'inammissibilità contro l'appello.

Ma lasciar prestare un giuramento suppletorio senz'appellar subito o senz'opporsi (*Cassaz.* 21 *termidoro anno* 8; *Sirey t.* 20, *pag.* 377), offrire le spese colla formalità del deposito onde prevenire o sospendere le procedure (*Cassaz.* 2 *gennaio* 1816; *Sirey t.* 16, *pag.* 358) non eseguire la sentenza se non perchè essa è esecutiva provvisionalmente, non è lo stesso che prestare un'acquiescenza. (*Cassaz.* 12 *fiorile, anno* 9, *brumaio anno* 11, *e* 2 *gennaio* 1816; *Sirey, t.* 16, *parte* 2, *pag.* 32: 1803 *pag.* 54: 1816, *pag.* 558). Soltanto in questi casi la prudenza esige che si facciano delle riserve e delle proteste di appellare. (*Commentario inserito negli Annali del notariato t.* 3, *n.* 12).

Osserviamo nondimeno, che vi sarebbe acquiescenza, anche non ostante le riserve, se, dall'una e dall'altra parte, fussero stati consegnati i titoli ed i documenti in tempo del pagamento dell'ammontare della condanna, perciocchè tale consegna annunzierebbe che le parti fussero rimase di accordo che tutto tra loro sarebbe terminato. (*Riom* 12 *giugno* 1816; *Sirey t.* 18, *pag.* 62.)

il nuovo Repert.; *Denisart*, *alla parola* acquiescenza; *Jousse*, *sull' art. precitato dell' ordinanza*; *Berriat Saint-Prix*, *pag.* 360; *e la cassazione*, 20 *dicembre* 1815, *Sirey*, *tom.* 16., *pag.* 242.)

In siffatta materia, la giurisprudenza ha ritenuto le seguenti regole:

1. L'acquiescenza non può risultare che da un fatto della parte, e non del suo patrocinatore — (*Vedi il nuovo Repertorio*, *come sopra citato*). (1)

2. Non è valida (*vedi come sopra*, *n.* 1452) se non quando è prestata da presone padrone de' loro dritti (2), e che non sia il risultato della violenza, del dolo, e dell' errore (3).

3. Se la sentenza contenga nel tempo stesso disposizioni favorevoli e disposizioni contrarie ad una parte, essa può proseguire la esecuzione delle prime, senza che si possa trar presunzione di acquiescenza per le altre (4).

(1) Il pagamento delle spose fatte dal patrocinatore non costituirebbe dunque un' acquiescenza la quale potesse opporsi alla parte, se questo patrocinatore non esibisce una procura speciale (*V. il nuovo Repert. nel luogo citato, a p.*18, *vol.* 3.)

Sarebbe lo stesso circa l'assenso dato da un patrocinatore alle prestazione di un giuramento deferito di officio e circa la sua presenza ad un esame testimoniale (*Rennes* 2 *aprile* 1810; *il comentario dell'art.* 112.; *e le quistioni* 520, 521, e 1062). Fu benanche giudicato dalla corte di Torino con decisione del 20 maggio 1809 (*Sirey t.* 10, *pag.* 256) che la notificazione della sentenza fatta *senza riserva* tra patrocinatori soltanto, non produceva *acquiescenza.* Ma gli autori degli *annali del notariato*, nel luogo sopra notato, pag. 15, citano una decisione della corte di Liegi, del 26 gennaio 1811, colla quale fu giudicato il contrario, e dichiarato che tal è la loro opinione; attesocchè in certi casi basta la notificazione da patrocinatore a patrocinatore per far decorrere i termini ad appellare, come nei casi previsti dall' art. 763 + 847. Tal' è pure il nostro parere particolare pel caso in cui la notificazione al patrocinatore produce lo stesso effetto che la notificazione alla persona o al domicilio: ma noi crediamo, siccome Berriat-Saint-Prix, pag. 1331, nota 4, che in qualunque altra circostanza è necessario attenersi alla regola certa, che l'acquiescenza ad una sentenza può risultare da un semplice atto di patrocinatore a patrocinatore.

(2) In conseguenza di questa regola, non può opporsi alle mogli non autorizzate, ed ai pubblici stabilimenti il mezzo d'inammissibilità risultante dall' acquiescenza. (*Cassaz.*, 15 *luglio* 1807, *Giurisprudenza delle Corti Supreme*, *tom.* 1, *pag.* 34.) In effetti non si possono obbligare coll' acquiescenza gli amministratori de' detti stabilimenti, purchè non fosse provato di aver agito in virtù di formale procura. (*Cassaz.*, 21 *germile*, *anno* 12 e 13 *dicembre* 1807; *Annali del notariato*, *tom.* 3, *pag.* 13, e *Giurisprudenza delle corti supreme*, *tom.* 1, *pag.* 23 *e seguenti*). Non vi è dubbio che il ministero pubblico non può prestare acquiescenza nelle cause in cui è parte principale. — (*Cassaz.* 16 *giugno* 1808; *suppl. pag.* 161).

(3) S' intende qui per *errore* quello che deriva dal perchè la parte avesse malamente compresa la sentenza (*nuovo Repert.*, *come sopra*, *pag.* 53, *ed il nuovo Denisart alla parola* acquiescenza § 3), e non l' errore di dritto che non vizia l'acquiescanza. — (*Bordò*, 15 *messidoro*, *anno* 13; *Sirey*, *tom.* 7, *pag.* 941, *part.* 2.)

Nel motivo appunto che l'acquiescenza debb'esser libera, noi abbiam detto a pag. 174. nota 5, che poteva risultare dalla esecuzione di una sentenza provvisionalmente esecutiva.

(4) Questa regola formalmente consacrata da una decisione della corte di Limoges del 1 luglio 1817 (*Sirey tom.* 17, *pag.* 307), fu contraddetta nella stessa maniera da un' altra decisione della corte di Torino del 3 novembre 1811. Nulladimeno noi persistiamo a considerarla come esatta, e fondata d' altronde sul principio della divisibilità delle sentenze stabilito nella quistione 1574: per conseguenza appunto di tale principio, espressamente riconosciuto dalla corte di Parigi, questa corte, con decisione del 29 febbraio 1811 (*Sirey pag.* 416), giudicò che la esecuzione di una sentenza non importava acquiescenza se non per le disposizioni eseguite, anche senza riserva: che perciò, per esempio, la parte la quale avea eseguita una sentenza per quel capo che permetteva una perizia, era pure ammissibile a dimandare la rivocazione della stessa sentenza, per essersi omesso di pronunziare l' arresto personale.

A questa decisione si ricongiunge altra decisione della corte di Rennes de' 6 termidoro anno 9, colla quale fu giudicato che i pagamenti fatti da una parte per soddisfare un debito, di cui essa era condannata a pagare l'ammontare, non facevano presumere acquiescenza a quanto erasi stabilito da' primi giudici, attesochè la parte non faceva che eseguire la ricognizione da lei fatta di esser debitrice fino alla concorrenza di ciò che pretendeva di esser in debito, ma non annunziava con ciò di acconsentire a pagare l'ammontare determinato dalla sentenza, suscettibile di esser ridotto in appello, in conseguenza di un giusto esame che ne avesse dimostrato l' eccesso.

Del resto, gli autori del *Nuovo Denisart* alla parola *Acquiescenza*, § 2, pag. 2, si spiegano nel modo il più formale sulla regola che noi deduciamo, riguardo all' acquiescenza, dal principio *della divisibilità* delle sentenze.

4. Non puossi scindere l'acquiescenza di una parte dalle condizioni da essa appostevi (1).

5. Riportandosi alla prudenza de' giudici, non significa acquietarsi anticipatamente in risguardo alla sentenza che si pronunzierà, e conseguentemente rinunciare alla facoltà d'interporre appello. — (*Cassaz.* 18 *germile anno* 11, *Sirey*. *tom.* 7, *part.* 2. *pag.* 764, *ed il nuovo Repertorio*, *alla parola* successione, §. 2. *art.* 3, *ed alla parola* acquiescenza §. 3; *Rennes* 5 *agosto* 1808 (2).

6. L' acquiescenza di una delle parti alla sentenza non impedisce che le altre non possano appellarsene. — (*Legge* 71, *ff. de excep. rei judic.*, *e* 63 *de re judicat*; *cassazione* 13 *nevoso anno* 10; *giurisprudenza delle corti supreme*, *tom.* 1. *pag.* 12.)

7. A maggior ragione non possono rimaner ligate le persone che non hanno preso parte nella sentenza, ma che avessero interesse alla decisione pronunziata (3).

8. La irricettibilità risultante dall' acquiescenza non può provarsi mediante testimoni. (*Rennes*, 22 *termid. anno* 8.)

9. Essa può opporsi in ogni stato di causa. (*Vedi sopra*, *al n.* 752.)

10. Non può opporsi in verun caso allorchè trattasi di quistione di stato, o di ogni altra materia tendente all' ordine pubblico. — (*Cassazione*, 18 *agosto* 1807, *giurisp. delle corti supreme*, *tom.* 1, *pag.* 54.)

11. Finalmente, l' errore del giudice sulla quistione di conoscere se siffatta irricettibilità sia o pur no fondata, è un mezzo di cassazione. — (*Cassazione* 22 *ottobre* 1811, *Sirey*, *tom* 11, *pag.* 364.)

Conchiudiamo osservando che questa istessa irricettibilità ha dato luogo, sul carattere e gli effetti dell' acquiescenza, ad una moltiplicità di quistioni delle quali noi abbiamo indicato soltanto le principali. Siffatte quistioni si troveranno nel nuovo Repertorio, nelle quistioni di dritto, alle parole *acquiescenza*, *cassazione*, *cosa giudicata*, *dimanda civile*. — (*Vedi tra l' altro sull' art.* 451 *ciocchè abbiamo detto per l' acquiescenza alle sentenze interlocutorie; 2. sull' art.* 455 + 519 *per conoscersi se le sentenze sur un espediente sieno soggette ad appello.*)

1585. *Che cosa significano le parole dell' art.* 444, CONTRO OGNI PARTE?

Esse indicano che i termini fissati dall' art. 443 decorrono contro il minore, la moglie, l' interdetto, le comuni, le fabriche, gli ospizi, ed altri stabilimenti pubblici, di qualunque natura siano, nel mentre che antica-

» Ogni qual volta, essi dicono, che i differenti » capi di una sentenza non formano che un tutto indivisibile, come allorchè una prima disposizione ne trae seco molte altre che ne sono le » consegnenze necessarie, basta per esser obbligato ad eseguire pienamente la sentenza, avervi » prestato acquiescenza in un sol punto; ma avviene sovente che la stessa sentenza pronunzia » su molti capi assolutamente indipendenti gli uni » dagli altri; ed allora, quando si è prestata acquiescenza ad una parte della sue disposizioni senza » aver data alcuna acquiescenza nè tacita, nè espressa, ciò non impedisce di essere autorizzato » a ricorrere contro le altre ».

Finalmente la corte di cassazione, sotto l' impero dell' antica legislazione, colle decisioni del 17 glaciale anno II. e 9 nevoso anno 12, avea consacrata siffatta dottrina. (*Vedi la giurisprudenza delle corti supreme tom.* 1, *pag.* 16 a 18).

(1) Quindi l' esecuzione di una sentenza fatta in un senso determinato, non esclude l' appello, allorchè l' altra parte vuol darle un senso più esteso. — (*Vedi Cochin*, *tom.* 5, *pag.* 758).

Quindi pure, allorchè una parte ha vinta la causa nel punto principale, ma che taluni accessori le sono stati ricusati, per esempio, delle indennità, da' vantaggi, qualora la medesima interpona appello, e dimanda ciò non ostante l' esecuzione della sentenza per ciò che riguarda il punto principale ammesso, non vi sarà, secondo noi, acquiescenza a' capi accessori, quando negli atti di esecuziona dichiari di agire senza pregiudisio del suo dritto ad appellare.

(2) La corte di cassazione, nelle sue osservazioni sul progetto del codice di procedura, avea proposto di convertire in legge questa regola di giurisprudenza; la quale costituiva l'articolo 101 del titolo che quella corte avrebbe voluto mettere in testa di questo codice, e quest' articolo era così concepito:

» Quando si dichiara di riportarsi *alla giustizia* » *del tribunale*, o *a ciò che il tribunale deciderà*, » non si presta acquiescenza eventualmente alla » sentenza che sarà pronunziata ».

(3) Nondimeno la persona che eseguisse simile sentenza, anche colle riserve, non potrebbe dichiararsi inammissibile a produrre un gravame qualunque, perchè una esecuzione volontaria renda la riserva senza oggetto: dapoichè non può essersi indotto da alcun motivo a fare con restrizione, ciò che in niun modo si è obbligato di fare. — (*Parigi* 10 *aprile*, 1810; *Giornale de' patrocinatori*, *tom.* 1, *pag.* 232, *ed il nuovo Denisart, come sopra*, § 2, *n.* 3.)

mente siffatti termini erano più considerevoli per i corpi morali che non lo erano pei particolari, e decorrevano relativamente a' minori, dal giorno della loro maggiorità. (*Vedi l'ordinanza del* 1667, *tit.* 27, *art.* 16 *e* 17 ; *Iousse su questi articoli* ; *il nuova Repertorio, alla parola curatore* , § 1, *e appello sez.* 1, §. 5 , *ed il comm. sul presente articolo*.)

1586. *L' art.* 444, *facendo salvo alle parti indicate nella risposta alla precedente quistione, il regresso contro gli amministratori , intende forse che questi ultimi saranno ritenuti responsabili , per la sola ragione di aver trascurato di interporre appello ?*

Noi avvisiamo, con gli scrittori del commentario , inserito negli annali sul notariato, tom. 3, pag. 47 e 68, che per aver dritto al regresso di cui parla l' art. 444 , siasi nell' obbligo di cominciare dal far decidere dal tribunale che l' amministratore , non interponendo l' appello , avea recato un pregiudizio agli interessi a lui affidati. In effetti , bisogna convenire che qualora non sia manifesto che la sentenza abbia mal giudicato , o che esistano contro l'amministratore presunzioni di dolo o di connivenza, sarebbe difficile farlo condannare, essendo l'autorità della sentenza pronunziata di un gran peso in suo favore. Nulladimeno siffatte osservazione non deve rendere gli amministratori indolenti sulle misure da prendere , per giustificare che se essi non interposero appello nello interesse de' loro amministrati , si fu con ragione e per evitare le spese che nel diffinitivo giudizio probabilmente sarebbero cedute a carico di costoro. — (*Vedi Pigeau tom.* 1, *pag.* 562 *e* 569.)

1587. *Se una parte si fosse gravata di una sentenza mediante opposizione a nullità nei tre mesi richiesti per produrre appello, sarebbe forse incorsa, mal grado siffatto gravame , nella decadenza pronunziata dall'art.* 444 ?

Non è in arbitrio della parte condannata con sentenza diffinitiva , di prolungare il termine concessole dalla legge per produrre appello , facendo novelle procedure , sia per la opposizione, sia per la nullità di detta sentenza; per lo che, agendo così la parte , incorrerebbe certamente nella decadenza, siccome fu giudicato dalla corte di Rennes , relativamente ad una sentenza renduta in materia comerciale da arbitri necessari.(*Decisione del* 31 *luglio* 1811, *ed appresso sull' art.* 1028.)

1588. *La notificazione della sentenza, fatta tanto al tutore che al tutore surrogato di un minore non emancipato , fa decorrere forse il termine , quantunque la sentenza fosse nulla per mancanza di assistenza del tutore nella causa ?*

L' affermativa di siffatta quistione risulta non solamente , per induzione , da un arresto della corte di cassazione , del 30 giugno 1806 (*Sirey tom.* 6, *pag.* 346) , ma benanche dal testo stesso della prima disposizione dell' art. 443, combinata con quella dell' art. 444. — (*Vedi le nostre quistioni sull' art.* 481 † 545).

1589. *Il termine per appellare da una sentenza che non fosse stata notificata al tutore surrogato , decorrerebbe forse a contare dall' epoca in cui il minore fosse giunto alla sua maggiorità ?*

La corte di Montpellier giudicò , il 3 gennaio 1811 (*vedi il commentario inserito negli annali sul notariato*) che la sentenza pronunziata contro un minore il quale dopo la sua maggiorità vi avesse prestato la sua acquiescenza , non può esser attaccata per lo mezzo dell' appello. Siffatta decisione sembrava anticipatamente risolvere per l' affermativa la quistione da noi stabilita. In effetti , direbbesi , nello stesso modo che dicono gli scrittori da noi citati, la maggiorità dà a colui che era minore l' esercizio pieno ed intero di tutt' i suoi dritti; epperò da quel momento è tenuto egli solo di vigilare a' propri suoi interessi, e conseguentemente gravarsi della sentenza renduta nella sua minorità, la quale gli fosse di nocumento; e non facendolo , non può che imputare a se stesso le conseguenze della sua negligenza.

Noi non conosciamo punto la specie nella quale fu pronunziata la decisione della corte di Montpellier , ma siamo indotti a credere che trattavasi di un' acquiescenza *formale* data dal minore addivenuto maggiore , e non dall' acquiescenza che la legge fa risultare dallo spirar del termine senza appellare E questo è ancora ciò che sembra risultare dal non avere gli scrittori del commentario esaminata la presente quistione se non dopo di aver citata siffatta decisione ; ciò che non avrebbero avuto bisogno di fare, perciocchè sarebbe stata definita dalla decisione medesima.

Or , non bilanciamo ad ammettere che il minore il quale, divenuto maggiore , presti un' acquiescenza formale ad una sentenza suscettibile di appello , non è più ammesso in siffatto

genere di gravame, perciocchè egli conosce necessariamente la detta sentenza, avendo consentito ad eseguirla; ma avviene diversamente nel caso in cui, contro il suo appello, si oppone la decadenza stabilita dall' art. 444; poichè è possibile, anzi presumibile che la sentenza notificata al tutore non sia da lui conosciuta ne' tre mesi dalla sua maggiorità; che non ancora gli fossero stati renduti i conti, che non gli sia stata fatta la consegna delle sue carte; e non sarebbe quindi troppo rigoroso, sul motivo che siffatta possibilità non può esser comprovata, far decorrere il termine contro lo stesso, e farlo decorrere, in virtù di una notificazione dalla legge riputata come non avvenuta, perchè non fatta al tutore surrogato? Se queste ragioni non sono sufficienti per decidere negativamente la nostra quistione, noi crediamo per lo meno dover consigliare la parte interessata per la esecuzione della sentenza di costituire il minore in mora per appellare, mercè una nuova notificazione da farsi all' epoca della sua maggiorità. Del rimanente, ciò è quanto venne prescritto dall' art. 484 + 548 per far decorrere, relativamente al minore, il termine pel ricorso per ritrattazione di sentenza, e ben si comprende che siffatta disposizione fornisce un argomento in sostegno dell' avviso da noi emesso.

1590. *Quid juris, se il minore o l' interdetto non abbia nè tutore, nè tutore surrogato, o pure abbia uno di essi, o l' uno o l' altro fosse morto?*

Non potendo farsi la notificazione, il termine non decorre. Appartiene alla parte che ha ottenuta la sentenza far gravare il minore o l' interdetto, onde far decorrere il termine, notificando la sentenza alle persone che saranno chiamate per siffatte funzioni — (*Ved. Pigeau, nel luogo di sopra citato, pag.* 564.)

Nel caso di morte del tutore, e del tutore surrogato, o pure di uno di essi, la notificazione della sentenza non sarebbe validamente fatta al patrocinatore costituito in causa, ed il termine per appellare non decorrerebbe contro il nuovo tutore o tutore surrogato, che a contare dal giorno della notificazione a lui fatta — (*Rennes li* 29 *agosto* 1814.).

1591. *Vi sono altri casi oltre di quello contenuto nell' art.* 444, *nei quali la notificazione della sentenza debbe farsi ad altre persone diverse da quella condannata?*

Che si; per esempio la sentenza renduta contro una persona munita del consulente giudiziario, dev' essere a costui notificata, se la causa risguarda gl' immobili. Vale lo stesso pel marito e la moglie allorchè han dovuto procedere uniformemente — (*V. Pigeau, nel luogo di sopra citato.*)

1592. *Quali sono le obbligazioni imposte al tutore surrogato in seguito della notificazione della sentenza?*

Non v'ha dubbio, siccome giudicò la corte di Limoges, con decisione del 30 aprile 1810, (*ved. Biblioteca del foro, part.* 2, 1810, *pag.* 283), che il tutore surrogato non può interporre appello dalla sentenza notificatagli. Le sue funzioni sono limitate dall' art. 420 e seguenti + 342 del codice civile, e non possono estendersi al di là de' casi preveduti da' suddetti articoli.

Ma non può ammettersi che il legislatore non abbia inteso attaccare alcun' effetto, per parte del tutore surrogato, alla notificazione che ordina farsi allo stesso. Or il consigliere di Stato Bigot Préameneu spiegossi come segue su i motivi della disposizione di cui parliamo — (*Ved. ediz. di F. Didot, pag.* 125.) » Il tutore surrogato non è affatto incaricato della difesa del minore durante il termine per appellare; ma sarà risponsabile, come il tutore istesso, se lasciasse decorrere i tre mesi dalla notificazione loro fatta, senza aver prese le misure prescritte dalla legge per conoscere se debba interporsi appello, e senza averlo interposto. » Appartiene adunque al tutore surrogato concorrere col tutore onde riunire il consiglio di famiglia, per far decidere dallo stesso se sia utile appellare; appartiene a lui d' invigilare, affinchè il tutore produca appello ec. ec. (1).

1593. *L' intimato il quale pretende di aver l' appellante fatto decorrere il termine per appellare, è forse tenuto a presentare l' atto di notificazione della sentenza?*

Tale è la nostra opinione, perciocchè egli è attore nella eccezione: or sotto questo rapporto, appartiene a lui la prova. Per lo che la corte di appello di Rennes, nella 2 camera, il

(1) Ma vedi, su queste misure, Pigeau, tom. 3, pag. 563; il Commentario inserito negli Annali del notariato, tom. 3, pag. 50 e 51 e Delaporte, tom. 2, pag. 7.

giorno 13 decembre 1808, decise appartener all'intimato il produrre l'atto di notificazione, onde mettere la corte a portata di conoscere se l'appellante sia decaduto dal dritto di gravarsi.

1894. *Puossi, dopo i tre mesi dalla seguita notificazione, appellare dalla sentenza di un tribunale di commercio che abbia pronunziato sur una declinatoria di foro per ragion di materia?*

La difficoltà nasce dal motivo che l'art. 325 stabilisce che le disposizioni di una sentenza commerciale possono *sempre* esser impugnate per mezzo dell'appello. Ma la corte di cassazione tolse tutti i dubbî a tal riguardo, dichiarando, nelle considerazioni di un arresto del 25 febbraio 1812 (*ved. Denevers*, 1812, *pag.* 286), che questa parola *sempre* non poteva intendersi in una maniera vaga ed illimitata, come derogante anticipatamente alle regole precise sull'appello, nel titolo particolare che le riguarda. Ma evidentemente non può rapportarsi che alla facoltà di appellare dalla prima sentenza diffinitiva sulla competenza, anche qoando siasi diggià appellato puramente e semplicemente dalla seconda sentenza sol merito; nè ad altro fine venne adoperata nell'art. 425, che per far osservare principalmente i cambiamenti sopravvenuti sulla materia degli appelli; ciò che trovasi spiegato negli articoli 453 e 454 † 517 e 518 (*ved. le nostre quistioni su i cennati articoli*) permettendo di appellare dalla sentenza sulla competenza, allorchè fosse stata qualificata in ultimo grado di giurisdizione.

Consegnita di qui evidentemente che l'art. 424 non fa alcuna eccezione, nè all'art. 343 nè all'art. 444 del codice di procedura; e perchè se ne potesse stabilire una, ci bisognerebbe una espressa disposizione derogatoria, che non trovasi in veruna parte del codice: d'altronde l'art. 645 del codice di commercio stabilisce, senza distinzione, che il termine per interporre appello dalle sentenze rendute in contraddizione sarà di tre mesi dal giorno della notificazione; disposizione uniforme a quella dell'art. 443.

1595. *La decadenza di un appello tardivamente può forse esser supplita di officio, ed opposta in ogni stato di causa?*

La corte di Torino si pronunziò per l'affermativa, in una decisione del 6 luglio 1807, (*ved. Denevers*, 1809, *suppl. pag.* 38), considerando che la decadenza non è in sostanza che una eccezione d'incompetenza assoluta dei giudici di appello, non compresa, anzi specificatamente riservata dall'art. 175 † 269 del codice di procedura; che siffatta eccezione è conseguentemente proponibile in ogni stato di causa, essendo fondata sui principî dell'ordine pubblico, secondo i quali non appartiene in alcun modo alle parti di prorogare, per fatto loro, la giurisdizione al di là de' termini fissati dalla legge.

E noi osserviamo che siffatta decisione è assolutamente uniforme alla dottrina professata da Merlin, nelle quistioni di dritto, alla parola *appello*, §. 9. Questo giureconsulto almeno sosteneva (*ved. pag.* 115, *fino alla fine*, *nuova ediz. della sua raccolta*) che i giudici doveano supplire di officio la eccezione perentoria risoltante dal motivo che la sentenza avea acquistata l'autorità della cosa giudicata, in seguito dello spirar del termine per appellare. Or, a maggior ragione, una simile eccezione potrebbe venir proposta in ogni stato di causa.

Merlin, in verità, alla pag. 121, ci fa conoscere che le sue conclusioni non furono seguite; ma basta leggere la decisione immediatamente da lui riportata, sotto la data del 21 termidoro anno 9, per convincersi che la corte determinossi particolarmente sulla considerazione di fatto, che non sembrava chiaramente provato che vi fosse luogo, nella specie, alla irrecittibilità di cui parlasi. Del resto, una decisione posteriore, del 3 brumaio anno 10, confermò i principî su quali Merlin avea basato le sue conclusioni nella prima decisione, e bisogna osservare che vi si trovano i motivi enunciati nella decisione della corte di Torino sopra riportata.

Epperò, non moviamo alcun dubbio sulla affermativa della proposta quistione. Ed è chiaro che non potremmo far di meglio se non se riportarci, per lo sviluppamento delle ragioni che così ci han fatto decidere, alla requisitoria di Merlin, sulla decisione del 21 termidoro — (*Cassazione*, 3 *brumaio, anno* 10, *Sirey tom.* 7, *pag.* 783.)

1596. *Ma non devesi forse ammettere una eccezione pel caso in cui si trattasse di esaminare se l'oggetto della contestazione sia indivisibile, onde decidere, per esempio, se l'appel-

lo interposto da un minore dopo il termine, però in tempo utile per esservi stata notificazione della sentenza al tutore o al tutore surrogato, sanerebbe la decadenza in cui quelli di età maggiore fossero incorsi?

La corte di Rennes pronunziò l'affermativa di siffatta quistione, con decisione del 28 maggio 1818, in una specie in cui trattavasi del pagamento di una rendita per parte di diversi coobbligati.

In effetti era indispensabile, per giudicare se eravi luogo a dichiarare che l'appello prodotto dal minore assolveva i maggiori dalla decadenza, esaminare il merito, onde assicurarsi se la rendita era veramente indivisibile, solo caso in cui l'appello del minore poteva giovare a' maggiori.

1597. *Nella specie della suddetta quistione vi ha luogo a dichiarare nel merito i maggiori assoluti dalla decadenza mercè l'appello interposto dal minore in tempo utile?*

Con decisione diffinitiva del 25 giugno 1818, la stessa corte di Rennes giudicò l'affermativa, attesochè trattavasi di un oggetto indivisibile, a'termini dell'art. 1221, §. 5, † 1174 del codice civile.

In effetti ripugnerebbe alla equità che i maggiori decadessero dal dritto di appellare, e quindi fossero esposti a sostener soli il peso degli arretrati, nel mentre che i minori conserverebbero la facoltà di discaricarsene mercè la rivocazione delle sentenze con le quali furono condannati. Che se le corti supreme pronunziarono in qualche caso le decadenze, devesi credere, come abbiamo osservato sulla quist. 1565, esser ciò avvenuto perchè trattavasi di una specie simile a quella disaminata da un arresto della corte di cassazione del 21 brum. anno 7. (*Sirey, tom.* 1, *pag.* 176.) Del rimanente, puossi ancora sostenere la decisione di Rennes coll'arresto della corte di cassazione del 21 pratile anno 13, il quale dichiarò l'appello prodotto in tempo utile da una delle parti, comune a quello che non erano più in termine per appellare. (*Ved. Denevers, anno* 13, *supplemento, pag.* 130.) Ed in tal modo appunto, salva la eccezione pel caso di solidalità ed indivisibilità, bisogna intendere un arresto di cassazione del 13 gennaio 1817 (*Sirey, tom.* 17, *pag.* 152), il quale decise che il giudice che conosce dell'appello dopo il termine, non può se viene opposta la irricettibilità, poggiarsi su i motivi ricavati dal merito per dichiararlo ammissibile.

1598. *La eccezione d'irricettibilità nascente dalla decadenza pronunziata dall'art.* 444 *dev' esser accolta, se l' appellante giustifica che la notificazione dell' atto di appello è stata ritardata per effetto di sommosse civili?*

Fu giudicata l'affermativa nella specie in cui una lettera che recava l'ordine di fare una tale notificazione era stata tenuta per più giorni all'officio postale in conseguenza di turbolenze civili. (*Rennes* 26 *agosto* 1817.) Noi crediamo, per le ragioni addotte alla quistione 99, che potrebbesi estendere siffatta decisione al ritardo cagionato da qualunque altro ostacolo provveniente da una forza maggiore.

ART. 445 † 509. *Quelli che dimorano fuori del continente della Francia hanno per interporre l' appellazione, oltre lo spazio di tre mesi dalla notificazione della sentenza, il termine prescritto per le citazioni all' art.* 73 (*).

Ved. art. 73, 485, 386.

(*) Giova qui riportare i diversi termini concessi dalla legge per appellare a norma delle diverse circostanze.

In generale il termine perentorio per appellare è ordinariamente di tre mesi, senza ricevere aumento a ragione di distanza, giusta l'art. 1109 delle leggi di proc. civile, poichè non trattasi di citazione a comparire, ma di termini per l'esercizio di dritti.

Il detto termine riceve aumento;

1. Per coloro che dimorano fuori del regno. Costoro godono l'aumento di 40 *giorni*, se dimorano in paese limitrofo al regno, di 50 *giorni* se dimorano in paese non confinante, ma in Italia, di 90 *giorni* se dimorano fuori d'Italia, ma in Europa, di *sei mesi* se dimorano fuori Europa, al di qua del capo di Buona-Speranza, e di un anno se dimorano al di là del detto capo.

2. Per coloro che sono assenti *reipubblicae causa*: a costoro la legge accorda il periodo di un anno oltre ai tre mesi per l'appello (*art.* 507, 509, 510 *LL. di proc. civ.*).

Il termine suddetto è ridotto ad

Un mese ne' giudizii per opposizione a matrimonio (*decr.* 14 *marzo* 1831);

Un mese nei giudizii disciplinari contro gli uffiziali dello stato civile, o contro i notai (*decr.* 14 *gennaio* 1832);

Meno di tre mesi per gli appelli contro le sentenze che servono di titolo alla spropriazione (*Leg.* 29 *dicemb.* 1828, *art.* 129):

Quindici giorni nei giudizi in via di sommaria esposizione (*Leg. proced. art.* 892):

CCCLXIX. È evidente che una parte il cui domicilio sia moltolontano non troverebbe affatto nel termine di tre mesi, un tempo sufficiente per deliberare se essa deve appellare, e quindi proporre i suoi mezzi di appello e le sue istruzioni: per lo che era giustissimo aumentare in suo favore il termine per appellare, e la legge non potea fare meglio che accordarle il termine fissato per rispondere alle citazioni.

1599. *Quali sono i dipartimenti che formano il territorio continentale del regno?*

La Francia continentale è il territorio diviso in dipartimenti contigui gli uni agli altri, di cui Parigi n'è la capitale. Epperò l'isola della Corsica e le colonie, quantunque fanno parte del regno, non appartengono al suo territorio continentale.

1600. *Le disposizioni dell'art.* 445 *applicansi forse soltanto a' Francesi i quali dimorano fuori della Francia continentale?*

Esse applicansi non solamente a' Francesi che abitano nelle isole e nelle colonie, e momentaneamente ne' paesi sottoposti al governo diverso da quello di Francia, ma benanche a tutti gli stranieri di nascita, i quali avessero delle contestazioni dinanzi a' tribunali francesi. (*Ved. il num.* 373.)

ART. 446 † 510. *Gli assenti dal territorio europeo del Regno per servizio di terra o di mare, o impiegati in negoziazioni all'estero pel servizio dello stato, hanno lo spazio di un anno per interporre appello, oltre il termine di tre mesi dalla notificazione della sentenza* (*).

Ordinan. del 1667, tit. 27, art. 14 — Ved. gli art. 13, 485, e 486.

CCCLXX. La stessa considerazione che milita nell'articolo precedente, applicasi necessariamente a colui che il servigio di terra o di mare ritiene fuori del territorio europeo del regno, o che fosse impiegato in negoziazioni straniere pel servizio dello stato. Una proroga del termine dovea evidentemente accordarglisi, in proporzione della sua lontananza e delle cause della sua assenza; ma da un' altra banda, il favore dovuto al servigio pubblico non è punto un motivo sufficiente perchè colui la cui lite si fosse trovata giusta, rimanga in una lunga incertezza. L' art. 446 concilia amendue gl' interessi; accordando agli assenti per lo servizio pubblico designato dalla legge, oltre al tempo ordinario di tre mesi, quello di un' anno. Tal'è il termine accordato a coloro che dimorano nei più lontani paesi. Senza dubbio è a temersi benanche che le persone nel suddetto modo impiegate, non possano esser avvertite a tempo della notificazione la quale fa decorrere un tal termine; ma sarebbe più grave l' inconveniente non prevedendolo all' intutto; epperò non deve sacrificarsi il bene generale, pel timore di un inconveniente rarissimo.—(*Spiegazione de' motivi.*)

1601. *A qual epoca è necessario che le persone designate nell'art.* 446 *si trovassero assenti, onde godere della proroga accordata loro dal menzionato articolo?*

Basta che la parte sia assente dalla Francia nel momento della notificazione della sentenza fatta al suo domicilio. Adunque se essa rientrasse soltanto qualche giorno dopo la notificazione, avrebbe sempre il dritto di godere della prorogazione (1).

ART. 447 † 511. *Il termine ad appellare è sospeso per la morte della parte soccumbente.*

Quindeci giorni coll'aumento a ragion di distanza, nel caso di reclamo di proprietà in giudizio di spropriazione (*Leg.* 29 *dicembre* 1828 *art.* 134);

Dieci giorni in tutti gl' incidenti di spropriazione e di graduazione, eccetto pel reclamo di proprietà (*detta legge art.* 95, 175, 213);

Dieci giorni per le sentenze di aggiodicazione definitiva (*detta legge art.* 140);

Dieci giorni, coll' aumento in ragione della distanza, per le sentenze sulla opposizione alla nota di gradoazione (*detta legge art.* 175);

Cinque giorni, dalla sentenza in caso di remissione di causa, o di ricusa di giudici di tribonale — *Leg. di proced. art.* 469 *e* 485).

Tutt' i suddetti termini sono applicabili ad atti della giurisdizione contenziosa. Per le sentenze lo affari di giurisdizione onoraria, dette per *espediente volontarie*, poichè non vi è parte contendente, l' appello può interporsi dal richiedente in fine a quando non avrà dato piena esecuzione alla sentanza stessa; poichè non potendo in tali affari esservi notificaziona non può assegnarsi l' epoca per segnare il decorrimento di tre mesi.

(*) Il nostro articolo 510 a differenza di questo articolo francese 446, nell' accordare il termine di un' anno v' include anche i tre mesi.

(1) L' ordinanza del 1667 non entrava in alcona delle considerazioni le quali diedero motivo ai due precedenti articoli. Cha anzi la medesima esigeva doversi i termini da essa prescritti osservare *tanto fra i presenti che fra gli assenti.*

Non riprenderà il suo corso che dopo la notificazione della sentenza al domicilio del defunto fatta colle formalità prescritte dall' articolo 61, e dopo spirati i termini per fare inventario e deliberare, tutte le volte che la sentenza fosse stata notificata prima della scadenza di questi ultimi termini.

Questa notificazione può farsi agli eredi collettivamente e senza designazione di nome e qualità (1).

T. 29 — Ordinan. del 1667, tit. 27, art. 15. C. di P. art. 61 e 68. — C. C. art. 795 — Supra, num. 129.

CCCLXXI. Quantunque gli eredi rappresentano il defunto, è sempre necessario notificar loro di nuovo una sentenza di cui non possono averne conoscenza personale, o le cui carte trovate nel domicilio del detto defunto, non avessero loro aperta alcuna traccia; epperò non doveano venir privati del termine concesso loro dal codice civile per deliberare se accetteranno o rinunzieranno alla successione. Durante siffatto termine, l' art. 446 sospende quello dell' appello. Da un' altra parte rimove in favore dell' appellante, una difficoltà che gli cagionerebbe l'ignoranza de' nomi e delle qualità degli eredi; e quindi può ad essi loro notificarsi la sentenza collettivamente, e senza designazione individuale. (*Spiegazione de' motivi*) (2).

1602. *È valida la notificazione pel solo motivo di essersi fatta al domicilio del defunto? Non bisogna forse che facciasi secondo le formalità prescritte dall' art.* 68 † 162 *?*

O, più generalmente, l' art. 447 *ha inteso riportarsi all' art.* 61 † 153 *e non già piuttosto all' art.* 68 *?*

Il codice non essendosi affatto spiegate su tal punto, e l' art. 447 riportandosi per le formalità della notificazione all' art. 61 soltanto, potrebbesi credere che l' art. 68 non sia rigorosamente applicabile. Tal' è il parere degli scrittori del Pratico, i quali, dopo di aver ricordato che la corte di Rennes avea proposto di aggiungere alle parole *al domicilio del defunto* queste altre, *se trovasi qualche persona nella casa da lui occupata, e non trovandovisi alcuno, al domicilio del giudice di pace del cantone*, conchiudono, dal silenzio del codice su questa osservazione, che la notificazione è valida, pel solo motivo di essersi fatta al domicilio del defunto, abbiavisi o pur no incontrato qualcuno.

Noi però non crediamo esser prudenza seguire siffatta opinione. Vi ha, nell' art. 447, un errore evidente, dice Berriat Saint-Prix, pag. 416, nota 53, allorchè dispone che la notificazione sarà fatta al domicilio del defunto colle formalità prescritte dall' art. 61; ma non ci ha dubbio, egli soggiunge, che si ha avuto idea di riportarsi all' art. 68. Se questo errore è veramente così evidente, come lo asserisce Berriat Saint-Prix, non potrà affatto dubitarsi che l' opinione degli scrittori del Pratico debb' essere rigettata; ed è appunto quanto ci proponiamo di provare.

Primamente diremo, che il rinvio all' art. 61 era inutile, perciocchè non eravi maggior ragione di farlo nella specie preveduta dall' art. 447, come per qualunque altro caso. Or se il legislatore allorchè parlò, in una moltitudine di articoli, delle notificazioni delle sentenze o degli atti, non si riportò all' art. 61, si fu perchè è principio di dritto, che qualunque intimazione deve contenere le formalità prescritte da siffatto articolo, ad eccezione di quelle che sono particolari alle citazioni.

In secondo luogo, l' art. 443 del progetto conteneva una disposizione presso a poco simile all' art. 447 del codice senza stabilire alcun rinvio nè all' art. 61 nè all' art. 68 per lo che la corte di Rennes faceva le segnenti osservazioni, che la importanza della quistione ci costringe a quì riportare « Per far decorrere il termine per appellare contro gli eredi di una parte soccumbente, questo articolo autorizza e prescrive di notificar loro la sentenza al domi-

(1) GIURISPRUDENZA.

Allorchè una sentenza è notificata in nome della parte che l' ha ottenuta, il termine, ad appellare non decorre sino a che l' erede non ha giustificata la sua qualità. — (*Nimes 29 gennaio* 1811; *Sirey*, 1811. *pag.* 434).

(2) L' ordinanza del 1667 avea anche richiesta la notificazione della sentenza agli eredi; ma essa avea loro dippiù accordato per l' appello un termine di sei mesi, il quale non incominciava a decorrere se non dal giorno dell' intimazione ad appellare, e questa intimazione non poteva esser fatta che un anno dopo la sentenza del termine per far l' inventario e deliberare: era questa una conseguenza del sistema abusivo de' lunghi termini per l' appello.

cilio del defunto; ma gli eredi lontani nell'intervallo del termine loro accordato per deliberare, avranno raccolta la successione. Non rimanendovi alcuno nella casa che occupava il defunto per ricevere la copia della notificazione, in qual modo gli eredi lontani sarebbero e potrebbero esser istruiti in tempo? Decorrendo contro essi il termine, potrebbero correre il rischio di decadere dalla facoltà di appellare da una condanna forse ingiusta, senza che potessero essere accusati di negligenza. »

Per rimediare a siffatti inconvenienti, la corte propose l'aggiunzione di cui pocanzi abbiamo parlato. Or, sembraci evidente ch'è per la stessa veduta che si è aggiunto, nell'art. 447, il rinvio ad un' altro articolo del codice; rinvio che l'art 443 del progetto non conteneva affatto. Egli è vero ch' è relativo all' art. 61, e non già all' art. 68, ma è certo benanche che non v'ha che quest'ultimo articolo il quale possa, in qualche cosa, prevenire gl' inconvenienti designati dalla corte di Rennes, e non l' art. 61, il quale non prescrive che delle formalità comuni a tutte le intimazioni, che debbono esser osservate, e lo sono giornalmente, senza che il legislatore siasi espressamente spiegato (1).

1603. *Che cosa significano le parole colle quali va concepita l'ultima disposizione dell'art. 447 ?*

Dicendo che la notificazione può farsi agli eredi collettivamente e senza designazione di qualità, siffatta disposizione apporta, alle regole generali, una eccezione fondata sul motivo di esser possibile che gli eredi non fossero conosciuti. Essa dichiara che la notificazione può esser fatta, per esempio, agli eredi del TALE, *dimorante, nel momento della sua morte, a . . . . nel suo domicilio*, e ciò ad imitazione dell'art. 2149 † 2043 del codice civile, il quale permette di prendere iscrizioni sotto la semplice designazione del defunto (*ved. Pigeau, tom.* 1, *pag.* 564), o come giudicò la corte di Brusselles, colla decisione del 30 agosto 1810, (*Sirey, tom.* 14, *pag.* 37), *ad uno degli eredi, tanto per lui, che pei suoi coeredi* (2).

1604. *La notificazione fatta all'erede fa decorrere il termine contro un successore particolare ad oggetto della sentenza, per esempio contro un legatario ?*

Che sì, se non è affatto conosciuto. — (*Ved. Pigeau nel luogo sopra citato.*)

1605. *Se qualcuno, non essendo erede, abbia pubblicamente preso possesso della eredità, la notificazione fatta farebbe decorrere il termine contro il vero erede ?*

Pigeau, come sopra citato, risolve affermativamente siffatta quistione, e la sua opinione è fondata sur un argomento ricavato dall' art. 1240 † 1193 del codice civile.

1606. *Dal motivo che l' art. 447 permette di notificare la sentenza agli eredi collettivamente e senza designazione dei nomi e delle qualità, purchè però sia al domicilio del defunto, ne conseguita forse che esso autorizza la notificazione alla* VEDOVA *che ha vissuto in comune ed agli eredi collettivamente, non lasciando che una sola copia per costoro e per la vedova ?*

Che sì, allorchè la vedova vive ancora indivisa cogli eredi — (*Cassazione*, 6 *settembre* 1814, *tom* 15, *pag.* 97.)

ART. 448 † 512. *Se la sentenza si fusse pronunziata sul fondamento di un documento falso, e se la parte fosse stata condannata in conseguenza di non aver potuto produrre un documento decisivo, ch' era nelle mani dell' avversario, il termine ad appellare non decorre che dal giorno in cui la falsità sarà riconosciuta o giuridicamente verificata, o dal giorno in cui il documento sarà ricuperato dalla parte soccumbente. In quest' ultimo caso la parte deve somministrare pruova scritta indicante il giorno in cui ha ricuperato il documento, e non altrimenti.*

CCCLXXII. L' ultima ragione della prolungazione del termine per appellare; stabilita dall' art. 448, si è per servirci delle espressioni del relatore della legge al corpo legisla-

(1) Del resto, noi troveremò nello stesso articolo 61 † 153 la pruova che bisogna applicar l'art. 68 † 160 per la notificazione di cui parliamo. Ed in effetti il detto art. 61 stabilisce nel §. 2, che l' atto conterrà *menzione della persona alla quale sarà lasciata la copia*. Bisogna dunque ch' essa sia in tutt' i casi rilasciata a qualcheduno, ed appunto l' art. 68 prescrive a chi l'usciere dovrà rilasciarla, secondo le differenti circostanze determinate dalle leggi.

(2) Ma un' atto d' appello non sarebbe validamente notificato ad eredi *collettivamente*, *al domicilio del defunto*, se il giudizio fosse stato introdotto dagli eredi medesimi dopo la morte del di loro autore. — (*Cassaz.* 7 *maggio* 1818; *Sirey, tom.* 18, *pag.* 123).

tivo, una innovazione molto felice in materia di appello. Si è saggiamente previsto il caso possibile di una sentenza renduta su di un documento falso, non che quello di una condanna che non avrebbe avuto luogo, qualora la parte avesse potuto presentare un documento decisivo, ritenuto dal suo avversario. La parte succumbente, in questo caso, se la sentenza fosse stata renduta in ultima istanza, avrebbe il mezzo del ricorso per ritrattazione di sentenza; ma, dice Bigot Priamèneu (*sposizione de' motivi*) allorchè la sentenza è suscettibile di appello, la parte che ha profittato del falso o ritenuto il documento, si è essa stessa resa inamissibile ad opporre la scadenza del termine per appellare. Il quale non deve giustamente decorrere che dal giorno in cui il falso sarà stato, come dice il nostro articolo, riconosciuto ovvero giuridicamente verificato, e dal giorno in cui il documento sarà stato ricuperato, ma in quest'ultimo caso si esige la prova per iscritto, indicante il giorno in cui siasi ricuperato il detto documento. Tale sarebbe la prova nascente da un' inventario dopo la morte. Sarebbe stato contrario a' principî stabiliti del codice civile sulla prova testimoniale, far dipendere da semplici testimonianze l' autorità acquistata da una sentenza dopo il termine per appellare.

1607. *In qual senso devono intendersi queste parole dell' art.* 448, i termini per appellare decorrono dal giorno in cui il falso sarà stato RICONOSCIUTO O GIURIDICAMENTE VERIFICATO?

L' art. 444 sul progetto era in altro modo concepito. *I termini per appellare*, egli diceva, come l' art. 12 del tit. 35 dell' ordinanza, *non decorrono che dal giorno in cui il falso sarà stato scoverto*. Noi non dubitiamo, osservava la corte di Torino, che per la menzione del giorno in cui *il falso sarà stato scoverto*, non abbiasi inteso designare *il giorno in cui il falso sarà stato giudicato o riconosciuto*; ed essendo siffatte espressioni più precise, essa proponeva sostituirle alle prime.

Ed appunto in seguito di questa proposizione, nell' art. 448 del codice, vennero cambiate le espressioni del progetto, onde prevenire le difficoltà alle quali si sarebbe dato luogo per la loro generalità; ma è giusto osservare, che non si è punto adoperata la parola *giudicato*, indicata dalla corte di Torino.

Ciò posto; noi crediamo dover far riflettere che la legge, colla suddetta espressione, *riconosciuto*, abbia inteso esprimere che il termine decorrerà allorchè il falso sarà stato *riconosciuto*, val a dire *confessato*, o dalla parte alla quale il falso recava vantaggio, sia se fosse stato commesso da lei stessa, sia che lo fosse stato da un altro, o dall' autore del falso — (*Vedi Pigeau, tom. 1, pag.* 566.)

Ma come spiegare le parole *giuridicamente verificato?* Pigeau, nel luogo sopracitato, Demiau Crouzilhac, pag. 323, e gli autori del commentario inserito negli Annali del notariato, tom. 3, pag. 58, si avvisano che il falso non va riputato giuridicamente verificato se non quando siavi intervenuto sentenza che l'abbia tale dichiarato. Pigeau fondasi, relativamente a ciò, sull' art. 480, § 9, il quale classificando il falso nel rango de' mezzi che dava luogo al ricorso per ritrattazione di sentenza, dice se *siasi giudicato sopra documenti dichiarati falsi dopo la sentenza.*

Berriat Saint-Prix, pag. 417, nota 47, combatte questa opinione. « Il termine per appellare, egli dice, non decorrerebbe secondo Pigeau, che a datare dalla sentenza che dichiara l' atto falso, e non dagli atti, come la iscrizione, la relazione de' periti ec.; i quali certificano lo scovrimento del falso. Ma, aggiunge, siffatta interpetrazione parci che vada soggetta a molte difficoltà. Lo spirito della legislazione moderna si è di restringere l'uso dell'appello ad un termine brevissimo, i cui limiti non è permesso eccedere. Essa fa eccezione a questa regola, nelle due circostanze in esame, sol perchè presume che la ignoranza del fatto, o dell' esistenza del documento abbia impedito il succumbente di appellare, ed in conseguenza sembra che, appena provato di esser cessata la detta ignoranza, debba decorrere il termine per appellare, siccome stabiliva l'art. 12 del tit. 35 dell' ordinanza da cui si è ricavato l' art. 448 del codice. Che se il termine cominciasse a decorrere dalla sentenza sul falso, dipenderebbe dal succumbente estenderlo molto, perciocchè basterebbe ch' egli prolungasse la procedura del falso incidente o del falso principale. »

Potrebbesi assai facilmente credere che la soluzione di queste difficoltà si trovasse nel cangiamento apportato, coll' art. 448, alla compilazione dell' art. 444 del progetto, e nel mo-

do come è concepito il paragrafo 9 dell' art. 480 + 445 dal quale Pigeau trae argomento. In effetti, direbbesi, l' articolo del progetto riteneva queste parole dell' ordinanza, *dal giorno in cui la falsità de' documenti sarà stata scoverta*. Il legislatore ha cangiato le dette espressioni, dietro le osservazioni della corte di Torino; ma delle due parole ch' essa indicava, non si è servito che di una sola (*riconosciuto*) ed in vece della parola *giudicato*, ha adoperato l'altra *giuridicamente verificato*, nel mentre che l' art. 480, il quale era il 499 del progetto, conservò le parole, *se siasi giudicato sopra documenti riconosciuti o* DICHIARATI *falsi*.

Seguirebbe da ciò, potrebbesi conchindere, non doversi interpetrare l'art. 448 nè a norma dell' ordinanza, come sostiene Berriat Saint-Prix, nè coll'art. 480, secondo Pigeau, e che il legislatore avrebbe in conseguenza inteso che le parole di cui si è servito fossero applicate nel loro senso grammaticale; donde segue che bisognerebbe ritenere che il termine decorra dal giorno, in cui il falso fosse stato *verificato*, sia da' periti, allorchè n' è suscettibile, sia coll' esame ec., senza esser necessario che fosse verificato per mezzo di sentenza.

Ma tra le altre ragioni secondo le quali noi crediamo dover tener per certo che il legislatore abbia inteso esigere che il falso fosse dimostrato mercè una sentenza, noi ci limiteremo a far osservare, 1. che non potrebbesi sostenere di poterlo essere con un processo verbale de' periti o per qualunque altro atto, perciocchè può accadere, malgrado questi atti, che il tribunale giudichi di non esistere il falso; 2. che qualora si potesse appellare da una sentenza che fosse stata renduta su documenti, la cui falsità fosse comprovata per mezzo di atti di siffatto genere, all' epoca stessa in cui fossero stati formati, accadrebbe che la corte sarebbe obbligata soprassedere dall' istruzione dell' appello, finchè l' autorità che deve conoscere del falso, non l' avesse dichiarato verificato. Per lo che conseguita evidentemente da ciò, che l'appello non è ammissibile se non quando una sentenza civile o criminale abbia *dichiarato i documenti falsi*, siccome sta detto nell'art. 480. Del resto soltanto a questa epoca puossi dire esser il falso *giuridicamente* provato, perciocchè soltanto allora esiste un atto emanato dall'autorità del giudice (1).

1608. *Se la parte alla quale vien imputato il falso è morta, come si farà per provare giuridicamente il falso, affin di appellare contro gli eredi dalla sentenza renduta sopra documenti pretesi falsi?*

In siffatta circostanza, nella quale non puossi agire in giudizio criminale col falso principale, potrebbesi credere (*vedi Demiau Crouzilhac, pag.* 323) esser permesso interporre appello, presentando querela della falsità de'documenti, e che, sull'assertiva della parte contraria sulla loro veracità, potrebbesi iscrivere in falso incidente. Un tal modo di procedere è senza dubbio autorizzato allorchè l' appellante trovasi ne' termini ordinari per appellare, ma quando abbia lasciato passare questi termini, e che intende profittare del favore concesso dall'art. 448 per interporre il suo appello, sembraci incontrastabile che egli non possa agire in siffatto modo, perciocchè il falso non essendo ancora provato, non trovasi nel caso preveduto dal suddetto articolo. Bisogna adunque necessariamente agire per lo falso dinanzi i giudici di prima istanza, dimandando che sia pronunziata la nullità degli atti, e dichiarando volersi iscrivere in falso contro i medesimi, nel caso in cui le parti interessate ne sostenessero la validità. — (*Vedi la nostra quistione* 864.) Con questo mezzo, ed il giudice dichiarando esser provato il falso, sarà ammissibile l'appello dalla sentenza alla quale han servito di base i documenti annullati, uniformemente all' art. 448.

1609. *Ma non potrebbesi pure, anche dopo i termini per appellare, gravarsi con questo mezzo, e sulla eccezione d' irrecettibilità opposta*

(1) Tale fu in effetti la intenzione degli autori del progetto, siccome facemmo rilevare nella nostra *Analisi*. A dire il vero, il ministro della giustizia osservò nella discussione al consiglio di Stato, che non poteva essere quistione del falso *dichiarato con una sentenza*, poichè trattavasi del falso non ancora scoverto. Nondimeno le parole *giuridicamente verificato* furono inserite nell'articolo « dietro l' osservazione della sezione del tribu» nato, di non esser sufficiente il dire che i ter» mini ad appellare non decorrevano se non dal » giorno in cui il falso fosse stato scoverto; *non » essendo la scoperta del falso veramente verifica» ta che per mezzo di una sentenza* ». (*Esposizione del cod. di proc.*, tom. 2, *pag.* 219).

da ll'intimato, dichiarare volersi iscrivere in falso, purchè la corte, nel caso che venga a giudicare falso il documento,' pronunziasse in seguito che l'appello è RICETTIBILE, *uniformemente all' art.* 448, *trovandosi allora il falso giuridicamente provato ?* (1)

Per l' affermativa di siffatta quistione, pretendesi sostenere che il senso dell'art. 448 non è già che l' appello non possa *prodursi* pria che i documenti su i quali è intervenuta la sentenza sian riconosciuti, o giuridicamente verificati falsi, ma sibbene che l' appello non può esser *ricevuto*, se non dopo che i documenti pretesi falsi fossero stati giudicati tali. Or, il giudice di appello dovendo pronunziare sul merito de'mezzi coi quali è impugnata la eccezione d' irricettibilità, è competente per ordinare la istruzione sul falso, necessaria per giudicare se la detta eccezione trovasi fondata; e per conseguenza, se in seguito di questa istruzione dichiara il documento falso, viene a verificarsi il caso previsto dall' art. 448, e quindi vi è luogo a pronunziare esser l' appello ricettibile.

Appoggiasi siffatta opinione ad una decisione della corte di Angers, del 21 gennaio 1809. (*Sirey, tom.* 9, *pag.* 304.) Questa decisione, pronunziata in una specie in cui l' appello era stato interposto pria della pubblicazione del codice di procedura, dichiarava che, sotto l'impero della legge del 24 agosto 1790, la quale, come l' art. 443 del citato codice, limitava il termine per appellare, eransi lasciate sussistere le eccezioni adottate dall' antica giurisprudenza, e che sono enunciate nell' art. 448; ed in seguito « attesochè, 1. trattavasi di » una sentenza in prima istanza contro la » quale era vietato il ricorso per annullamen- » to; 2. ch' era giusto di verificare i motivi » di falso articolati dall' appellante, onde far » trionfare la giustizia, verificazione che non » poteva aver luogo se non ammettendo l'ap- » pello, » la corte rigettò la eccezione d' inamissibilità dell' intimato poggiata sul motivo di essere spirato il termine. Nello stesso tempo considerando che l' intimato non avea potuto, senza derogare alla eccezione d' irrecittibilità proposta contro l'appello, rispondere all' atto che gli si era fatto onde dichiarare se intendeva servirsi del documento arguito di falso, accordò allo stesso un termine per rispondere a siffatta dimanda.

Noi crediamo che il rigore de' principi ed il testo della legge non permettono di seguire questo andamento. In effetti, se è permesso di *produrre appello*, salvo l' esame della quistione sulla sua ricettibilità, almeno il giudice che deve conoscere della causa, non può nulla pronunziare direttamente o indirettamente in risguardo al detto appello, se non dopo aver preliminarmente pronunziato su tale quistione, purchè sia stata elevata dall' intimato. Or, un appello non è *ammissibile* a' termini dell'art. 444 + 508, se il termine stabilito dall' art. 443 è spirato, e se la eccezione d' irrecittibilità altro non presenta a giudicare che il solo fatto di esser spirato il termine. Per la verità l'art. 448 dice, che il termine generale incomincia a decorrere soltanto dal giorno in cui il falso sarà stato *giuridicamente provato*; ma non può aversi dritto a siffatta proroga se non quando la parte provi che la condizione sotto la quale la legge l' accorda sia stata adempita. L' appellante il quale non giustifica un tale adempimento, deve dunque dichiararsi inamissibile nello stato in cui trovasi la causa. La ragione ricavata dal motivo che il giudice di appello è obbligato di valutare il merito de' mezzi opposti alla eccezione d' inamissibilità, ha qualche cosa di specioso, ma non sembraci decisiva; perocchè il giudice di appello potendo conoscere della causa sol quando siasi proposto un' appello *ammissibile*, non può ordinare una istruzione tendente a piazzare l'appellante in un caso di eccezione, ove diggià dovea trovarsi allorchè produsse il suo appello. In una parola, una quistione essenzialmente *pregiudiziale* all' appello, non può esser sottomessa al giudice superiore, perciocchè questi non potrebbe validamente conoscerne, se non dopo decisa tale quistione. In conseguenza conchiudiamo doversi preferire piuttosto l' andamento indicato nel numero precedente.

1610. *Ma risulterebbe forse da siffatta soluzione che un appello interposto dopo i tre mesi si dovesse dichiarare irricettibile, quantunque nell' intervallo dalla sua notificazione al giorno fissato per l' udienza, il falso fosse stato giuridicamente provato dall' autorità competente ?*

(1) Tale quistione ci è stata presentata da uno de' nostri colleghi di Lilla, ed ha dovuto essere sottoposta alla corte reale di Douai. Noi non sappiamo se sia stata risoluta.

No, senza dubbio, perciocchè al momento che il giudice di appello dovrebbe pronunziare sulla eccezione d' irricettibilità, la condizione sotto la quale si ottiene la prorogazione trovandosi adempita, l' appello è ammisibile. All' opposto, nella specie della precedente quistione, la condizione non essendo adempita, nè potendo esserla, sarebbe una contraddizione che il giudice di appello procedesse ad una istruzione in seguito di un appello che, noi lo ripetiamo, non sarebbe ammissibile nello stato in cui trovasi la causa.

1611. *Decorsi tre mesi dal giorno in cui il falso è stato giuridicamente provato, puossi opporre la eccezione d' inamissibilità, risultante dall' art. 448, contro il ministero pubblico, il quale dimanda la discussione dell' appello per un matrimonio dichiarato nullo?*

La negativa fu pronunziata con decisione della corte di Pau, del 28 gennaio 1800 (*Sirey, tom. 9, pag.* 241), atteso che l' art. 448 suppone una notificazione alle parti; or il ministero pubblico non essendo stato parte nella specie, niuna notificazione eraglisi fatta, e d' altronde non può esservi eccezione perentoria in una materia d' ordine pubblico.

ART. 449 † 513. *Da una sentenza che non importa una provvisionale esecuzione, non si può appellare durante il corso degli otto giorni dalla emanazione della medesima. L' appello interposto prima è dichiarato inammissibile, salvo all' appellante di reiterarlo se decorre tuttora il termine* (1).

Legge del 16 agosto 1790, tit. 5, art. 14.

CCCLXVIII. La legge del 24 agosto 1790 tit 5. art. 14, avea saggiamente stabilito le due disposizioni di cui componesi l' articolo presente; idea felice, dice Bigot Préameneu, il cui risultamento deve esser quello di dare il tempo di calmare quel turbamento che a prima giunta agita un litigante succumbente, ravvicinarlo alla parte avversa, accettare la mediazione de' parenti, degli amici, ascoltare i consigli, finalmente rendersi alla riflessione della quale ha bisogno, per decidere con saviezza se eseguirà o impugnerà la sentenza.

Ma è chiaro ch' era pur indispensabile di eccettuare le sentenze esecutive provvisionalmente, poichè siffatte condanne sarebbero il più delle volte senza effetto, se l' esecuzione potesse ritardarsi; e d' altronde può esser utile alla parte succumbente di fare immediatamente conoscere il suo gravame a' giudici superiori, affinchè il suo avversario medesimo adoperi maggior riflessione nel fare quelle procedure il cui risultamento è ancora incerto (2).

Però la legge del 1790 dichiarava decaduto dal dritto di appellare colui il quale ne avea notificata la dichiarazione pria che fosse spirato il termine di otto giorni, a contare dalla data della sentenza, rigore eccessivo che fu modificato dalla legge del 21 frimaio anno 6, prescrivendo che la decadenza pronunziata in questo caso non applicasi ad un secondo appello prodotto nel termine de' tre mesi dal giorno della notificazione. Ed è in questo senso appunto che l'art. 449, nel dichiarare inamissibile l' appello interposto negli otto giorni, aggiunge che l' appellante potrebbe reiterarlo, se fosse ancora nel termine.

1612. *Quali sono le sentenze da cui puossi appellare pria degli otto giorni?*

(1) GIURISPRUDENZA.

1. L' appello da una sentenza che ordina togliersi l' opposizione ad un matrimonio, è ammissibile, quantunque il matrimonio sia stato contratto prima di essersi notificato, se tale notificazione ebbe luogo nel termine fissato dall' art. 449 † 513. — (*Rennes, 12 dicembre 1814, Giornale di questa Corte, tom. 4, pag.* 334).

In questo caso se l' appello è ammissibile come interposto in tempo utile, non ostante la celebrazione del matrimonio, è però inammissibile nel senso almeno che rimane senza oggetto, poichè il matrimonio è stato celebrato prima di notificarsi l' atto di appello. — (*La stessa Decisione*).

2. Niuna disposizione di legge ha fissata la data di una sentenza arbitramentale al giorno dell' ordinanza che l' ha resa esecutiva: questa ordinanza non cambia dunque nulla alla sua vera data, ch' è quella segnata dagli arbitri. Da ciò segue che l' appello interposto *negli otto giorni* dalla ordinanza, non può essere dichiarato inammissibile, se trovasi fuori degli otto giorni dalla data della sentenza. — (*Arg. da una decisione della cassaz. del 14 vend. anno 6, resa sotto l'impero della legge del* 1790; *Sirey, tom.* 7, *parte* 2, *pag.* 287).

(2) La legge di procedura del cantone di Ginevra ha tolto dal nostro codice questa disposizione, che, dice Belloc nell' esposizione de' motivi pag. 210 « ha prevenuto una quantità di appelli » che i litiganti condannati avrebbero interposto » in un primo impeto di collera, e che, impegnati » una volta nella lotta, avrebbero quindi per amor » proprio continuati ».

È forse superfluo rimarcare che l' art. 449 stabilendo che non si potrà, durante gli otto giorni, a datare dal giorno della sentenza, appellare da quelle che non sono eseguibili provvisionalmente, è ammissibile poi l'appello nel corso di questo tempo da tutte le sentenze che sono suscettive di esecuzione provvisionale; ma osserveremo soltanto che non è necessario, siccome sembra sostenere Haultfeuille, alla pag. 354, che siasene fatta la notificazione, potendosi appellare dal momento che la sentenza è stata renduta, anche senza spedirla nè attenderne la notificazione. (*Vedi Pigeau*, *tom.* 2, *pag.* 269.)

Dobbiamo eziandio osservare che, secondo l' art. 809 † 892, puossi benanche, pria del termine degli otto giorni, appellare da un ordinanza pronunziata in via di sommaria esposizione.

Lo stesso avviene, secondo l'art. 645 del codice di commercio, per una sentenza pronunziata dal tribunale di commercio, quando anche non fosse provvisionalmente eseguibile, potendo ciò aver luogo qualora si adotti l' opinione da noi manifestata sulla quistione 1547. Ed in fatti cotesto articolo stabilisce che l' appello dalle sentenze di detti tribunali potrà interporsi nello stesso giorno della sentenza (1).

1513. *Il giorno della sentenza va computato forse nel termine degli otto giorni di cui parla l' art.* 449 ?

Che no, perciocchè la legge si serve di queste parole, *negli otto giorni dalla emanazione della sentenza.*

Or, siccome abbiam detto sulle quistioni 90 e 552, tom. 1, pag. 102 e pag. 322, quando la legge adopera tali espressioni, il giorno della scadenza è l' ultimo giorno del termine; altrimenti ci troveremmo fuori di questo termine. Nè puossi opporre quello che abbiam detto sulla quistione 1554, in risguardo al termine generale fissato dall' art. 443, perciocchè la disposizione di questo articolo non è concepita nello stesso modo. — (*Vedi Berriat Saint-Prix pag*, 419, *not.* 59, *e pag.* 371, *nota* 51.)

1614. *L' appello interposto negli otto giorni da una sentenza che pronunziò la decadenza dal dritto di fare una prova, ordinando di discutersi il merito pria che scodesse questo termine, è forse contrario all' art.* 450, *e l' appello può esser interposto pria degli otto giorni ?*

A norma di quanto abbiam detto di sopra, sulla quistione 738, osserviamo che una simile sentenza è contraria alla disposizione dell' art. 450, la quale proibisce di eseguire prima degli otto giorni le sentenze non eseguibili provvisionalmente. Ed in vero si va col fatto ad eseguire una sentenza che dichiara una parte decaduta dal dritto di fare una prova, ordinando di conchiudere sul merito, e pronunziando su questo punto. Alle autorità già riportate sulla quistione sopra mentovata, e che ha relazione soltanto colle sentenze declinatorie, aggiungiamo due decisioni della corte di Treves, l'una del dì 8 gennaio 1808, (*vedi Sirey*, *tom.* 8 *DD. pag.* 15), l' altra del 20 marzo 1811. (*Vedi Biblioteca del foro porte* 2, 1811, *tom.* 7 *pag.* 180.) Nelle considerazioni della prima decisione sta espressamente detto che la sentenza la quale, pronunziando la decadanza dal dritto di fare una prova, ordina la discussione nel merito pria degli otto giorni, è in aperta contravvenzione all' art. 450; e colla seconda fu deciso che una sentenza emessa sul merito della contestazione avendo bisogno di una discussione particolare, non deve pronunziarsi che dopo spirato il termine degli otto giorni a datare dalla sentenza renduta sulle nullità dell' esame testimoniale.

Ma la prima di queste due decisioni fu unicamente pronunziata al proposito di un' altra quistione sottoposta alla corte di Treves, e che consisteva nel conoscere, se potevasi pria degli otto giorni appellare dalla sentenza la qua-

(1) Si è detto risultar da questo articolo che potevasi produrre appello da una sentenza pronunziata da un tribunale di commercio nel giorno stesso di questa sentenza, ma che l'eccezione stabilita dall' art. 449 † 513 del codice di procedura, era ristretta a questo giorno, e non poteva applicarsi ai giorni che compongono quegli otto di cui esso parla; che perciò la parte la quale vuole appellare, dee lasciare spirare questi otto giorni, tosto che ha lasciato trascorrere il giorno della sentenza.

Ma si converrà senza dubbio che l' appello, potendo essere interposto nel giorno stesso della sentenza, può tanto maggiormente interporsi ne' giorni sussegnenti, vale a dire negli otto giorni che formano il termine, durante il quale, secondo l'articolo 449, niun' appello è ammissibile in materia civile, se la sentenza non è eseguibile provvisionalmente; e così infatti fu giudicato dalla corte di Parigi il 7 gennaio 1817. — (*Vedi Denevers* 1812 *suppl. pag.* 62 e 83).

le ; pronunziando la decadenza del dritto di fare una prova, avea ordinato discutersi il merito in quel medesimo termine.

Sostenevasi per l'affermativa , che una tale sentenza dovea esser classificata tra quelle *eseguibili provvisionalmente*,e di cui può interporsi appello negli otto giorni medesimi a contare da quello della pronunziazione , per effetto di un argomento a *contrario* desunto dall' art. 449 (*vedi la quistione* 1612) ; che la parte in virtù di questa sentenza, essendo stata dichiarata decaduta dal beneficio della prova , non rimanevale altro mezzo che quello dell' appello per impedirne l'effetto, poichè discutendo il merito negli otto giorni, siccome l' era stato ordinato, le si sarebbe opposta l'acquiescenza , e che lasciandosi condannare in contumacia , la sentenza avrebbe avuto il suo effetto prima che avesse potuto gravarsi coll' appello, se pretendevasi che dovesse lasciar decorrere siffatto termine prima di produrre questo gravame.

Che che ne sia, la corte di Treves considerò che , se la sentenza da cui appellavasi controvveniva all'art. 450 , non era perciò nel numero di quelle che la legge intende indicare come eseguibili provvisionalmente ; ed in conseguenza dichiarò inamissibile l' appello, come interposto prematuramente e non reiterato, uniformemente alla facoltà accordata dalla seconda disposizione dell' art. 449.

Noi crediamo eziandio che la sentenza da cui erasi appellato, non potevasi porre nella classe di quelle *esecutive provvisionalmente* , non potendo ninna decisione esser come tale qualificata se non quando , avuto riguardo alla natura della lite , è suscettiva della esecuzione provvisionale. — (*Vedi gli art.* 17 ✝ 120 , 135 ✝ 226, 439 ✝ 648.)

D'altronde, come fu riconosciuto dalla stessa corte di Treves , non sarebbe giusto il dire (e questa osservazione è importante per le parti) che nei casi in cui si ordina discutersi il merito negli otto giorni , l'appello sia l'unico mezzo per arrestarne la esecuzione ; poichè la parte può presentarsi per produrre l'eccezione che il termine non sia spirato , e se il giudice prosegue il giudizio, può lasciarsi condannare in contumacia , salvo ad impugnar la sentenza coi legali rimedi — (*Vedi del resto la nota di Sirey sulla citata decisione*, *pag*.16.)

1615. *L' appello interposto prematuramente può esser reiterato per mezzo di altri atti diversi dall' atto di appello ?*

La corte di cassazione, con arresto degli 11 ottobre 1809, riportato nella Biblioteca del foro , 1810, parte 2, tom. 4 , pag. 29, giudicò che la notificazione di un atto di gravame, nel quale si conchiuse per l' annullamento di una sentenza da cui era stato interposto appello durante gli otto giorni , non poteva considerarsi come produttivo della reiterazione richiesta dall' art. 449. Ed in effetti questo articolo esigendo che l' appello sia reiterato , dichiara che l'atto di appello notificato negli otto giorni si consideri come non avvenuto : d' onde segue esser necessario, perchè l' atto di appello sia ammissibile , che esista un nuovo appello notificato dopo questi otto giorni , e nel termine de'tre mesi , da decorrere dalla notificazione della sentenza. Ha luogo in questo caso quello stesso che avviene per un atto di appello nullo, cioè che si può reiterare purchè siasi in termine (*vedi l' arresto dello corte di cossozione del* 23 *gennaio*1808, *nelle quistioni di diritto di Merlin allo parolo* appello, 2. *edizione*, §.10), ma siffatta rinnovazione non può effettuirsi che con un nuovo atto di appello contenente tutte le formalità richieste dalla legge, di modo che vi sarebbe nullità qualora se ne fosse omessa alcuna riportandosi al primo atto nullo, o notificato prematuramente. Del resto spiegheremo ciò con maggiori chiarimenti, allorchè svilupperemo l' art. 456 ✝ 520.

ART. 450 ✝ 514. *L'esecuzione delle sentenze , che non importano una provvisionale esecuzione , è sospesa pel detto termine di otto giorni* (1).

Legge del 24 agosto 1790, tit. 5 , art. 14 , e del 24 marzo 1806, art. 14 , tit. 5 , e le quistioni sull' articolo precedente.

CCCLXXIV. Siffatta disposizione è la conseguenza immediata dell' articolo precedente , quindi il suo commentario trovasi fuso in quello fatto sul detto art. 449, pag. 203.

ART. 451 ✝ 515. *L'appello da una sentenza preparatoria non può essere interposto che dopo la sentenza deffinitiva , ed unitamente all' appello da questa sentenza ; il termine ad appel-*

(1) GIURISPRUDENZA.

L' art. 450 ✝ 514 non si applica alle sentenze preparatorie o interlocutorie di cui parlano gli art. 451 ✝ 515 e 452 ✝ 516. — (*Cassaz*. 8 *marzo* 1816 ; *Sirey*, *tom*. 7, *pag*. 367).

lare non decorre che dal giorno della notificazione della sentenza deffinitiva, e l' appello è ammissibile ancorchè la sentenza preparatoria fosse stata eseguita senz' alcuna riserva.

L' appello da una sentenza interlocutoria può interporsi prima della sentenza deffinitiva. Lo stesso ha luogo per le sentenze nelle quali si fosse pronunziato sopra una dimanda provvisionale [a] (*).

[a] GIURISPRUDENZA.

[1. L' appello dalla sentenza interlocutoria investe la corte di tutto il procedimento, e rende benanche ammissibile l' appello da una precedente sentenza, puramente preparatoria. — (*Bruxelles*, 2 *marzo* 1822, *Ann. di Laporte*, *vol.* 1, *pag.* 409.)]

[2. L'appello da una sentenza interlocutoria non è ammissibile dopo quello da una sentenza definitiva. — (*Brusselles* 17 *febbraio* 1819, *Giurispr. di questa Corte, anno* 1819, *vol.* 1, *pag.* 492.)]

(*) Nella nostra antica legislazione era prima permesso di appellarsi sì dalle sentenze definitive che dalle interlocutorie, *allorchè avessero forza di definitiva*; ma questa teoria produttiva di cavilli interminabili, conservata nel codice francese nell' art. 451, è stata rettificata dalle leggi nostre nell' art. 515.

Difatti questo articolo, equiparando, relativamente all' appello, le sentenze preparatorie e le interlocutorie, dispone quanto siegue.

« L' appello da una sentenza preparatoria o interlocutoria di un tribunal civile non potrà interporsi se non dopo la sentenza definitiva ed unitamente all' appello da questa. Il termine per appellare decorrerà dal giorno in cui sarà notificata la sentenza definitiva: e quando anche la sentenza preparatoria o interlocutoria sia stata eseguita senza riserva, l'appello sarà ammessibile. Se però l' appello avverso la sentenza definitiva sarà inammissibile, lo sarà ugualmente per le sentenze che l' han preceduta ».

Ma comechè per le sentenze provvisionali era necessaria una regola diversa, così nel secondo comma del detto articolo fu stabilito:

« L' appello da una sentenza provvisionale, e sopra dimande provvisionali, pronunziata da un tribunal civile, potrà, se vi ha luogo, essere interposto prima della definitiva, e l' appello sospenderà la esecuzione della sentenza impugnata ».

Finalmente fu soggiunta quest' ultima disposizione:

« In generale le sentenze preparatorie, interlocutorie e provvisionali o dimande provvisionali dei tribunali civili, non sono di pregiudizio nelle definitive, conformemente alla dichiarazione contenuta nell' art. 135 ».

ART. 452 + 516. *Le sentenze preparatorie sono quelle che riguardano soltanto l' istruzione del giudizio e che tendono a mettere la causa in istato di essere deffinitivamente giudicata.*

Le sentenze interlocutorie sono quelle colle quali il tribunale prima di giudicare deffinitivamente, ordina una pruova, una verificazione, o una istruzione che sia relativa al merito della causa e che potrebb' esserle di pregiudizio. (1)

Leg. del 3 brumaio an. 2, art. 6.

CCCLXXV. La legge vigila non solamente affinchè non vi siano appelli prodotti senza riflessione, ma bensì che non fossero premutari ed inutili. Tali sarebbero gli appelli dalle sentenze le quali non fanno altro che regolare la procedura. Siffatti appelli possono essere fondati sul motivo che i primi giudici avessero ordinata una procedura o interamente inutile, o troppo lunga, e anche contraria all'andamento indicato dalla legge; ma se questi mezzi di appello o altri simili dovessero interporsi dinanzi al tribunale superiore, pria che fosse pronunziata la sentenza definitiva, si vedrebbero tanti appelli quante sarebbero le sentenze d' istruzione, dal che ne nascerebbe un disordine impossibile ad arrestarsi.

Non così, allorchè i pimi giudici pronunziano una *sentenza interlocutoria* la quale pregiudichi il merito. La parte che in questo caso fosse lesa da una sentenza di cui può temerne le conseguenze, non deve esser obbligata attendere la sentenza diffinitiva. Essa può egualmente gravarsi contro le sentenze le quali abbiano pronunziato sopra una dimanda provvisionale. (*Vedi la Esposizione de' motivi.*)

Con siffatte distinzioni il nostro codice attuale ha voluto prevenire una moltitudine di difficoltà alle quali avea dato luogo la disposizione della legge del 3 brumaio, che proscrivendo qualunque sentenza *preparatoria*, ed obbligando le parti ad attendere la sentenza diffinitiva, sembrava comprendere, sotto questa denominazione, le decisioni pregiudizievoli al

Ciò posto tutte le quistioni dal nostro A. esposte e così ben isviluppate ne' numeri 1616 a 1629 non possono certamente riguardarci.

(1) Noi riuniamo questi due articoli, attesochè si spiegano naturalmente collo stesso commentario, e tutte le quistioni, le quali dovremo esaminare, si riferiscono ordinariamente all' uno ed all' altro.

merito, e che noi oggigiorno chiamiamo *sentenze interlocutorie*: avverso le quali decisioni dovea necessariamente autorizzarsi l' appello prima della sentenza diffinitiva, essendo per la parte il giudizio anticipato contenuto in esse un vero gravame (1), giacchè, quantunque non abbiano altra mira apparente fuorchè quella d' illuminare la religione de' giudici, pure possono alla fine ne' loro risultamenti indurli in inganno, sia per la falsa persuasione di essersi essi medesimi legati nel pronunziarle, sia per quella tendenza naturale dell'uomo nel seguire una prima impressione, sia in fine per quel sentimento di amor proprio che il più delle volte sussiste anche quando riconoscasi l'errore nel quale si è incorso (2).

1616. *Che cosa bisogna considerare, secondo le circostanze, per attribuire ad una sentenza, il carattere di sentenza diffinitiva, provvisionale, preparatoria o interlocutoria, affin d' applicarvi la disposizione dell' art.* 451 ?

Siffatta quistione riattaccasi particolarmente all'art. 452, il quale definisce le sentenze preparatorie ed interlocutorie, non che all' art. 451 che parla delle sentenze diffinitive e preparatorie, senza però definirle. Noi dobbiamo esaminarle a prima giunta, attesochè le spiegazioni alle quali dan luogo, son di natura tale da facilitare l'intelligenza di altre quistioni che tratteremo su ciascuno di questi due articoli, e ci saranno di ajuto a risolverle.

Abbiam detto al tom. 1, pag. 287, not. 1 n. 4, che la sentenza diffinitiva è quella che pronunziasi sull' intera causa finalizzandola; ma in pari tempo abbiamo fatto osservare che talune sentenze le quali non pongono fine alla contestazione possono nulladimeno, relativamente al loro oggetto, esser considerate come diffinitive, tali erano, per esempio, quelle pronunziate sopra un incidente, una eccezione, una nullità, una inammissibilità ec. Difatti, in questi casi, le contestazioni sulle quali la sentenza pronunzia son considerate come se formassero tanti giudizi separati i quali vengono da essa finalizzati (3).

(1) Il dritto romano non permetteva l' appello dalle sentenze che noi chiamiamo *interlocutorie*, se non quando ne risultava qualche pregiudizio in deffinitivo. Ma, dice Albison nel suo rapporto al corpo legislativo, l'esaminare se ne risultava qualche pregiudizio, era sovente una nuova origine di liti, alle quali felicemente si metterà fine, autorizzando assolutamente l' appello.

(2) Checchè ne sia di questi motivi, sui quali è poggiata la disposizione dell' art. 451 † 515, la vaga definizione data dall'art. 452 † 516 delle sentenze preparatorie ed interlocutorie, è stata la sorgente delle numerose contraddizioni che presenta la giurisprudenza sull'applicazione di questi articoli alle diverse specie in cui si è presentata la quistione di sapere, quando vi fosse anticipato giudizio sul merito. Per tal ragione la legge di Ginevra ha esclusa come troppo sottile la nostra distinzione tra le sentenze *preparatorie ed interlocutorie*, ed ha mantenuta la disposizione introdotta dalla legge del 3 brumaio dell' anno 2, con questa modificazione però, che l' appello è ricevuto, prima di qualunque sentenza definitiva, avverso l' interlocutoria, la quale ordinasse una pruova o una istruzione interdetta dalla legge; per esempio, la prova testimoniale per una cosa eccedente 150 franchi, una verificazione di scrittura di un atto autentico senza querela di falso ec. Si è osservato che in queste circostanze era necessario di prevenire tanto la influenza della procedura probatoria sul merito, quanto le spese di una operazione illegale.

(3) Così per esempio, dovrà considerarsi come definitiva una sentenza pronunziata su di una nullità, una eccezione, un mezzo d' inammissibilità, una quistione di competenza ec.; Quindi la corte di cassazione, 1. con arresto del 1 maggio 1811 (*v. Denevers* 1811, *pag.* 324), decise potersi appellare da una sentenza la quale ha pronunziato sulla validità di un esame prima che fosse stato deciso deffinitivamente il merito; 2. con decisione del 10 fruttidoro, anno 12 (*vedi la giurisprudenza delle corti supreme, tom.* 4, *pag.* 242) che si può ugualmente appellare prima della sentenza deffinitiva da quella che ha pronunziato su di una declinatoria;

Altre decisioni ci presentano pure esempi di specie diverse, in cui sonosi considerate come deffinitive certe sentenze cha si avrebbero potuto confondere con sentenze preparatorie o interlocutorie. Noi citeremo tra le altre, 1. la decisione del 17 giugno 1810 riportata nella quistione 1622, colla quale la corte di cassazione dichiarò doversi ritenere come diffinitiva la sentenza la quale accorda un termine ad istruire su di una dimanda dichiarata in garentia allorchè l' attore principale vi si oppone; 2. una decisiona della corte di Treveri del 24 febbraio 1810 (*vedi la giurisprudenza sulla procedura, tom.* 1, *pag.* 63) la quale nella classe delle sentenze diffinitiva quella che accorda al debitore la dilazione pel deposito de' suoi libri e giornali ed un salvo condotto per presentarsi in persona innanzi ai suoi creditori; 3. una decisione della corte di cassazione del 25 novembre 1818 (*Sirey, tom.* 19, *pag.* 201), colla quale fu dichiarato che, quando taluno pretende aver dritto ad una eredità, e dimanda provvisoriamente l'autorizzazione di assistere alla rimozione de' suggelli,

In quanto alle sentenze provvisionali, abbiamo detto benanche, al tom. 1. pag. 287 not. 1. n. 3, esser quelle le quali van pronunziate provvisionalmente e pria della sentenza diffinitiva, su di un punto che esige celerità, ed ordinano, come anche dicemmo alla pag. 205, o il godimento totale o parziale della cosa controversa, o degli espedienti per assicurarne la conservazione. Tali sentenze ancorchè non pregiudicano assolutamente il merito della causa, sono assimilate dall'art. 451, alle sentenze interlocutorie, pel motivo che possono spesso esser di danno ad una parte, cagionandole un pregiudizio che potrebbe esser irreparabile nella sentenza diffinitiva.— (*Vedi Berriat Saint-Prix, p.* 410, *n.* 21, *e pag.* 246, *n.* 8 *e* 9.)

Stabilito ciò che intendesi per sentenza diffinitiva o provvisionale, spieghiamo la distinzione fatta dall'art. 452 tra le sentenze denominate preparatorie e quelle interlocutorie.

Siffatta distinzione, come abbiamo osservato alla pag. 207, not. 2, è stata rigettata, come troppo sottile, dalla legge di procedura del cantone di Ginevra. In effetti bisogna convenire, non ostante le definizioni che il legislatore è stato sollecito di dare sulle due specie di sentenze in parola, esser esse la sorgente, come tutti gli scrittori convengono, di una quantità di difficoltà tanto più penose a risolversi, in quanto che la giurisprudenza delle corti supreme contiene numerose contrarietà nell' applicazione ch'esse han fatto o han rifiutato di fare di tale distinzione alle diverse specie che sonosi presentate.

Noi ci proveremo a diluridare questa materia in un modo da prendere e determinare, per quanto sarà possibile, il punto di rassomiglianza o diversità che possa esistere tra le sentenze, sia *preparatorie*, sia *interlocutorie;* consistendo in ciò tutte le difficoltà che tenteremo alla meglio di potere appianare.

E primamente osserviamo, che se la dottrina del codice di procedura non è ancora fissata su questa importante materia, si è perchè hanno cercato stabilirla secondo le differenti specie giudicate, nel mentre non doveasi consultare che lo spirito ed il testo della legge.

Ricordiamo le espressioni dell'art. 452+516.

« Sono *preparatorie* le sentenze che riguar» dano i meri atti ordinatoi del giudizio, di» retti a mettere la causa in istato di essere » diffinitivamente giudicata.

» Sono *interlocutorie* le sentenze che il tri» bunale profferisce avanti la decisione diffini» tiva, per ordinare una prova, una verifica» zione, una perizia, o un atto qualunque che » sia relativo al merito della causa, e che po» trebbe essergli di pregiudizio.

Queste definizioni sono date dall' art. 452 per facilitare l'applicazione dell' art. 451. « Lo » appello da una sentenza preparatoria non » potrà interporsi se non dopo la sentenza dif» finitiva ed uniformemente all' appello da » questa . . . . L' appello da una sentenza in» terlocutoria potrà interporsi pria della sen» tenza diffinitiva. »

Gli oratori del Governo esposero i motivi pei quali questi due articoli furono inseriti nel codice. Tali motivi son fusi nel commentario esposto alla pag. 206, ma è necessario riportarne qui il testo sotto gli occhi del lettore.

» La legge, dice Bigot Préameneu, vigila » non solamente perchè non vi siano appelli » inconsiderati, ma benanche che non fossero » inutili o prematuri.

» Tali sarebbero gli appelli dalle sentenze » le quali altro non fanno che *regolare la pro» cedura*. Questi appelli posson esser poggiati » sul motivo che i primi giudici avessero or» dinata una procedura, o interamente inuti» le, o troppo lunga, o benanche contraria » al camino indicato dalla legge. Ma se questi » mezzi di appello, o altri simili, potessero » interporsi innanzi al tribunal superiore pria» che fosse renduta la sentenza, si vedrebbe» ro tanti appelli quante sarebbero le sentenze » d' istruzione, e ne nascerebbe un disordine » impossibile ad arrestarsi.

» Non così, allorchè i primi giudici pro» nunziano una sentenza interlocutoria *la » quale pregiudichi il merito*. La parte che, in » questo caso, credesi lesa da una sentenza » di cui *può temer le conseguenze*, non può » esser obbligata di attendere la sentenza diffi» nitiva ».

Conseguita da' cennati motivi degli art. 451 e 452, che le sentenze avverso le quali la legge

la sentenza che dopo la discussione decide esservi luogo all' autorizzazione, non sia già una semplice sentenza preparatoria, ma bensì una sentenza diffinitiva su di un incidente. Donde segue che l' appello di questa sentenza è ammissibile prima della sentenza diffinitiva sul merito.

vieta l'appello pria della sentenza diffinitiva, e che qualifica come *preparatorie*, sono quelle sole le quali hanno per oggetto la *istruzione da farsi per mezzo di atti di procedura*, *e che le interlocutorie*, avverso di cui è autorizzato l'appello, sono quelle risguardanti una istruzione da farsi con qualunque mezzo, tendente ad *illuminare i giudici* sul merito della causa.

Siffatta distinzione non è nuova: essa è fatta da tutt' i comentatori, e segnatamente da Rodier e da Duparc-Poullain.

Rodier lib. 1, pag. 427, così si esprime:

» Le sentenze preparatorie sono quelle le » quali non tendono che a mettere la causa » nello stato di ricevere la sentenza diffinitiva. » Le sentenze interlocutorie sono quelle le » quali prima di terminare *o definire* le diffe- » renze delle parti, ordinano che per *la mag-* » *gior cognizion della causa*, le parti, o una » di esse esibisca taluni atti o provi certi fat- » ti, sia per mezzo di esami testimoniali, *sia* » *per mezzo di un accesso del giudice o de' pe-* » *riti, per fare talune relazioni o apprezzi.*

» La sentenza interlocutoria, dice Duparc- » Poullain, al tom. 9, pag. 499, è quella la » quale ordina *un più maturo esame* che il giu- » dice crede necessario o utile per essere in i- » stato di giudicare diffinitivamente tra le » parti ».

La stessa distinzione esisteva benanche sotto l' impero della legge del 3 brumaio anno 2. Essa proibiva di appellare, pria della sentenza diffinitiva, dalle sole preparatorie (*ved. il commentario alla pag.* 206), lasciando in conseguenza sussistere la facoltà che le parti avevano, sotto l' impero dell' ordinanza, d'interporre appello dalle sentenze interlocutorie pria della decisione che avesse terminata la causa.

Se ne offre per esempio la decisione del 24 ottobre 1808, riportata nella giurisprudenza sul codice di procedura, alla pag. 477 (1).

L' art. 451 esige, è vero, perchè la sentenza sia riputata *interlocutoria onde poterne appellare pria della sentenza diffinitiva*, che gli atti ordinati sieno di pregiudizio al merito, e perciò tutta la difficoltà che può presentare la quistione tendente a vedere, se l' appello da una sentenza è ammissibile in quanto trattasi di appello da sentenza interlocutoria, consiste nel ben determinare il senso di tali parole, sorgente, siccome abbiam detto, di tutte le controversie presentate dagli scrittori e dalla giurisprudenza.

Osserviamo, sulle prime, che tali espressioni sono adoperate sol nella mira di vietar l' appello da qualunque sentenza collaquale si ordinasse un atto d' istruzione, che *per sua natura* non pregiudicasse il merito. « Ma, dice » Duparc Poullain, tom. 9. pag. 493, n. 7, » le sentenze le quali ordinano una prova, *so-* » *no sempre anticipati giudizi*, poichè la deci- » sione dipende dalla prova più o meno con- » cludente, o dalla mancanza di prova ». Così, per esempio, l' aver ordinato che i periti misurassero diversi terreni per trovarvi un pezzo di terra che da una delle parti si cerca rivendicare, e la cui proprietà è formalmente contrastata dall' altra, importerebbe lo stesso che aver anticipata la decisione da rendersi sul merito, perciocchè sarebbe stato inutile di cercare la situazione del pezzo di terra, se il giudice non avesse pensato di risolvere la quistione della proprietà a favore del reclamante.

Del resto, è una regola d' interpetrazione che non potrebbesi contrastare; quella, cioè, che bisogna prendere le espressioni della legge nel loro significato proprio e naturale, tal quale è stabilito dall' uso costante, purchè non esistano d' altronde sufficienti congetture per dar loro un senso particolare.

Or, il senso che nello stesso tempo è naturale e giuridico di questa parola *préjuger* è così fissato dall' accademia: PRÉJUGER, *espressione del foro*, rendere una sentenza INTERLOCUTORIA, la quale porta *a* CONSEGUENZA *per la decisione di una quistione che giudicasi dopo.*

Data questa spiegazione, basterà senza dubbio considerare che un tribunale il quale, sia senza pronunziare preliminarmente su di eccezioni essenzialmente pregiudiziali, sia prima di far dritto sul merito, se alcuna eccezione di tal natura fosse proposta, ordinasse sul principio un esame o una perizia, avrebbe pronunziato una sentenza veramente interlocutoria. In effetti siffatta sentenza *porterebbe conseguenza* per la decisione de' punti da giudi-

(1) I primi giudici avevano ordinato un esame testimoniale; interponesi appello prima della sentenza diffinitiva; mezzo d' inammissibilità fondato sul motivo che essendo la decisione preparatoria, non poteva essere impugnata coll' appello prima della sentenza diffinitiva; la corte rigetta questo motivo d'inammissibilità.

carsi dopo la sua esecuzione, e che sarebbero, *o le eccezioni pregiudiziali, o le quistioni sul merito.*

Questo è tutto ciò che resterebbe a giudicarsi *dopo la esecuzione della interlocutoria.*

Or, nel primo caso, rifiutare di pronunziare preliminarmente su di un mezzo d'inammissibilità, ed occuparsi all'opposto del merito per ordinare de' chiarimenti che coll'accogliere questo mezzo d'inammissibilità verrebbonsi a rendere perfettamente inutili, perciochè terminerebbe qualunque controversia, è lo stesso di aver evidentemente *giudicato anticipatamente* che siffatto mezzo d'inamissibilità non è di alcuna considerazione, e che il merito può decidersi senza bisogno di arrestarsi ad esso, mercè i soli chiarimenti dati dai periti.

Nel secondo caso, val dire allorchè non vien opposta alcuna eccezione pregiudiziale o mezzo d'inammissibilità, ritardare di far dritto sull'appello sino a che le parti abbiano somministrate tale prova, o abbian fatto procedere a tale istruzione o verificazione ordinata dal giudice, è pure lo stesso che giudicare anticipatamente il merito, soprattutto se si è elevato tra le parti *una contestazione sull'ammissibilità o utilità* di questa prova, di questa istruzione o verificazione. Sì, è lo stesso che anticipatamente giudicare il merito; perchè il giudice con questa specie d'*interlocutaria* annunzia evidentemente che si riserba di subordinare al suo risultamento la decisione della causa.

Così, per esempio, si fa una dimanda articolando fatti che si promette di *provare con testimoni*, ma il convenuto si oppone a far ordinare questa prova, fondandosi sul motivo di essere dalla legge vietata (*cod. civ. art.* 1341 † 1295); la sentenza la quale ciò non ostante ordina la prova *è interlocutoria.*

Così pure, un venditore intenta l'azione di rescissione di un contratto per causa di lesione di più de' sette dodicesimi, e dimanda di farne la pruova per mezzo di *apprezzo de' periti*; ma la parte avversa gli oppone di aver *acquistato dritto alla prescrizione*, essendo decorsi già i due anni dal giorno della vendita (*codice civile, art.* 1676 † 1522); se ciò non ostante il tribunale ordina la perizia, la sua sentenza è *interlocutoria.*

Avviene lo stesso quando il convenuto oppone alla dimanda fatta contro di lui, che la stessa è poggiata unicamente su di un titolo nullo per diffetto di forma, o che trovasi senza forza a suo riguardo; in tal caso ordinando il giudice la perizia o l'accesso sopra luogo, malgrado questa specie di difesa, necessariamente darebbe alla sentenza il carattere *d'interlocutoria.*

Ed è facile comprenderne la ragione. In effetti, la prima cosa ad esaminare, pria di ricorrere a siffatti mezzi d'istruzione, si è di vedere se la prova testimoniale offerta trovasi *proibita dalla legge*; se veramente siasi *acquistato dritta* alla prescrizione; se il titolo sul quale poggia la dimanda è realmente *nullo, o senza forza* in riguardo al convenuto; perciochè se egli è così, la sentenza interlocutoria addiviene evidentemente inutile, secondo la regola *frustra probatur quod probatum non relevat.*

Adunque allorchè in simile caso un giudice ordina la prova testimoniale, la visita de' luoghi ec., ciò necessariamente debb'essere perchè egli ha creduto che le eccezioni o i mezzi di difesa del convenuto non hanno fondamento; e, una delle due; o egli così decide in *termini espressi*; ed in tal caso la diposizione è *diffinitiva*; o limitasi *a decidere implicitamente*, ordinando un mezzo d'istruzione, e si ha la sentenza *interlocutoria*, val dire che *giudica anticipatamente* il rigettamento delle eccezioni, o de' mezzi di difesa opposti contro la dimanda.

Ma supponiamo, per esempio, che un tribunale, secondo l'art. 452, abbia ordinato di officio la prova di fatti che gli sembrassero concludenti, o che sulla dimanda di una parte avesse ordinato un' esame su i fatti sostenuti da essa e contraddetti dal suo avversario, ma senza che questi siasi opposto a far ordinare l'esame, si dimanderà se in questi due casi la sentenza è interlocutoria?

Si potrebbe dire per l'affermativa, che questa sentenza è interlocutoria per sua natura, poichè giudica anticipatamente il merito, nel senso cioè, che il giudice annunzia che si determinerà dopo eseguita la prova. Or, soggiungerebbesi, l'art. 452 non fa alcuna distinzione: esso qualifica come *sentenza interlocutoria* tutte quelle che ordinano una pruova giudicando anticipatamente il merito.

Pigeau, tom. 1 pag. 567, è di contrario avviso. Essendosi ordinato, egli dice, un esame senza essere impugnato da alcuna delle parti, è questa una sentenza preparatoria, poichè il tribunale decidendo dietro il consenso delle

parti, non ha preventivamente giudicato il merito. Ed in vero non crediamo che le espressioni dell'art. 452, *che anticipatamente giudica il merito*, debbansi prendere in un significato si esteso che la sentenza potesse esser considerata come interlocutoria, sol perchè ordinasse una prova; diversamente la legge non avrebbe adoperato tali espressioni; poichè se non si facesse alcuna distinzione tra la sentenza pronunziata di officio, quella col consenso delle parti, e quella finalmente intervenuta dopo le discussioni tra loro sull'ammissibilità o utilità della prova, ogni sentenza che ordinasse una prova riputerebbesi aver giudicato anticipatamente il merito.

Adunque è necessario convenire che l'art. 452, ha distinto nelle sentenze che ordinano una prova, una istruzione, una verificazione, quelle che anticipatamente giudicano, da quelle che non giudicano affatto il merito; e quindi bisogna ritenere che ogni sentenza la quale ordina una prova, una istruzione, una verificazione, non è interlocutoria. Or, non puossi tra queste sentenze considerare come non pregiudiziali al merito, quelle pronunziate sulla dimanda di una delle parti, e non ostante l' opposizione dell' altra.

In effetti, allorchè una parte stabilisce fatti impugnati dall' altra, che la prima chiede provarli con testimoni, e la seconda non vi si oppone, il tribunale ordinando l' esame, nulla preventivamente giudica contro l' una ed in favore dell' altra; poichè amendue convengono che la decisione diffinitiva sia subordinata a' risultamenti dell' esame.

Nè in siffatta circostanza potrebbesi sostenere che una di esse soffra danno dalla sentenza interlocutoria, *volenti non fit injuria*. Or, l'appello da questa sentenza preliminare non è autorizzato pria della sentenza diffinitiva se non per la considerazione che una parte potrebbe esser lesa dalla prima. Ecco quanto risulta evidentemente da' passi riportati nel commentario dell' articolo, dall'esposizione de' motivi dal consigliere di stato Bigot Prèameneu, e da una decisione della corte di Brusselles del 9 aprile 1811 — (*Ved. Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 379.)

Adunque noi sosteniamo, come Pigeau, che la sentenza la quale ordina un esame, o qualunque altra prova, è interlocutoria sol quando una delle parti siasi opposta alla pronunziazione di essa, sostenendo che questa prova era inamissibile per la decisione del merito.

Supponiamo intanto che un tribunale ordini una prova, una verificazione una istruzione sopra fatti, da niuna delle parti provocata, la sentenza, abbiam detto nel nostro Trattato e quistioni num. 2296, potrebbe non esser considerata come *veramente interlocutoria*, attesochè non giudica nulla anticipatamente, ed il tribunale non la pronunzia che per sua propria istruzione, senza esserne richiesto da una parte la quale, conchiudendo pria dell' interlocutoria, avesse fatto scorgere le conseguenze che vorrebbe ricavarne a favore della sua causa. Noi crediamo attualmente dover ritrattare siffatta opinione.

In effetti, come dicemmo nella nostra Analisi, alla quistione 1481, allorchè il tribunale pronunzia in tal modo di officio una interlocutoria, non puossi dire che le due parti siano d' accordo sull' ammissibilità o utilità degli schiarimenti che ordina, cosa che l'una o l'altra tra esse avrebbe forse impugnata, se tal mezzo d' istruzione fosse stato provocato dalla sua parte avversa.

Che cosa importa che una delle parti abbia dato luogo al *giudizio anticipato*, conchiudendo per la sentenza interlocutoria? Ciò non risulta dal fatto di simili conchiusioni, ma unicamente ed essenzialmente dalla sentenza interlocutoria, pronunziata in una specie che il giudice poteva, anzi dovea decidere diffinitivamente, senza che vi fosse bisogno d' ordinare chiarimenti preliminari.

Noi crediamo quindi esservi una sentenza *interlocutoria*, e per conseguenza suscettibile ad impugnarsi coll' appello, pria della sentenza diffinitiva, ogni qual volta un tribunale ha pronunziato, anche di officio, una specie di sentenza, detta nel linguaggio del foro francese *un' avant faire droit*, allorchè è dimostrato, che i chiarimenti ordinati erano inammissibili, o inutili per la decisione della causa (1).

(1) Del resto, come dice Berriat-Saint-Prix, è un punto sul quale convennero tutt' i giureconsulti che, una sentenza è *interlocutoria*, ogni qual volta ordina uno schiarimento qualunque sulla necessità o utilità di cui vi è stata *contestazione tra le parti*.

Nondimeno dobbiamo dire che con decisione del 25 giugno 1822 la corte di Rennes ha rigettata questa dottrina, dichiarando sull' appello di una sentenza pronunziata dal tribunale di Nantes, net-

Stabiliti questi preliminari sulle sentenze interlocutorie, si comprenderà facilmente la differenza che le distingue dalle sentenze *preparatorie*, dalle quali non è permesso appellare pria della sentenza diffinitiva.

In effetti, dovendosi riputare interlocutorie ogni sentenza che anticipa il giudizio sul merito, sia mercè la istruzione che ordina, sia con qualunque altra decisione che pronunzia, e dovendosi finalmente, per dare questo carattere ad una sentenza, *qualunque sia l' oggetto sulla quale decide o il mezzo d' istruzione che ordina* (1), attenersi a quest' unico punto, *giudica anticipatamente sul merito*, val dire, *manifesta essa preventivamente una opinione del tribunale su i dritti pretesi dalle parti, e che saranno materia della decisione da pronunziarsi in diffinitivo* (2), debbesi per conseguenza

la causa de' censuari di Maulines, che i primi giudici nulla avevano anticipatamente giudicato, ordinando di officio una perizia in occasione di una dimanda di revindica di un terreno, dimanda che gl' intimati respingevano con un mezzo d' inammissibilità, pretendendo sussidiariamente dover esser giudicato nel merito ed in di loro favore, sulla sola ispezione de' titoli prodotti. I *considerandi* di questa decisione dichiarano che il tribunale nulla avea anticipatamente *giudicato* in quanto al fatto, perchè non avea inteso *oppurare* i fatti, se non nell' interesse di tutte le parti; che non avea per nullo pregiudicato i mezzi d' istruzione, perchè la perizia era stata ordinata di *officio* senza esser *dimandato*, nè contraddetta da alcuna delle parti.

Or noi osserviamo che gl' intimati opponevano contro la revindica un mezzo d' inammissibilità, fondato sul motivo che dovea rigettarsi una dimanda di revindica, perchè non fondata su di atti traslativi di proprietà del fondo che intendea revindicarsi, ma bensì su di confessioni le quali, secondo tutti gli scrittori, e secondo una costante giurisprudenza, non sono atti traslativi di proprietà; nè possono d' altronde essere opposti dai terzi, i di cui autori non aveano figurato in tali confessioni.

Adducevano essi l'autorità di Pothier, *nel trattato delle proprietà*, n. 281, 307, 343, nel trattato del possesso n. 278 e 280, nel trattato dei feudi, part. 1, cap. 4. Invocano ancora quella del nostro dotto Duparc-Poullain, tom. 2, pag. 210 de' suoi Principi n. 223 e 235. Finalmente si facevano scudo della L. 32, ff. *de rei revindicatione*, e dell' autorità di Merlin, nel nuovo Repertorio alla parola *revindicazione* ec. ec.

In somma secondo la nostra opinione, e quello di otto de' nostri rispettabili colleghi del foro di Rennes, il di loro mezzo d' inammissibilità era ben fondato: in fatti la proprietà del terreno che intendeva revindicarsi restò loro per effetto di transazione . . .

Sussidiariamente, siccome abbiam detto, gl' intimati sostenevano che i loro titoli davano ad essi la proprietà del fondo, oggetto dell' azione intentata contro di loro.

In tale stato di cose il tribunale di Nantes ordinò una perizia per conoscere dov' era, in mezzo di una vasta estensione di terreno, il fondo che voleasi revindicare: quali fossero ed il suo comprensorio ed suoi limiti; ma l' ordinò di *officio* e la corte di Rennes, per questo motivo, dichiarò l' appello non *ammissibile*, perchè le parti non aveano nè dimandata nè contraddetta questa verificazione.

Forse possiamo andare errati; ma persistiamo nella opinione che la sentenza della corte di Nantes era una vera *sentenza interlocutoria*, quantunque ordinasse la perizia di *officio*, giacchè ad evidenza veniva a giudicare anticipatamente, in pregiudizio degl' intimati, tanto *la quistione pregiudiziale*, che nasceva dal mezzo d'inammissibilità, quanto la quistione se i titoli prodotti da essi attribuivano loro la proprietà.

Che cosa infatti importava una *perizia*, se qualunque fossero la situazione, i limiti ed il comprensorio del terreno, l'attore non avea nè titolo nè qualità per reclamare la proprietà?

Ordinare una verificazione, era dunque evidentemente lo stesso che *giudicare anticipatamente* contro i mezzi d' inamissibilità e contro le conclusioni sussidiarie.

(1) Attenendosi rigorosamente alle espressioni di questo articolo, potrebbesi forse credere che si possono qualifiare per *sentenze interlocutorie* le sole decisioni colle quali il tribunale ordina una prova, una verificazione, una istruzione che giudica anticipatamente sul merito; in modo che una sentenza contenente una disposizione che così giudicasse del merito, non potrebbe considerarsi come interlocutoria; se, colla detta disposizione, il tribunale avesse ordinato altra cosa che una pruova, una verifica, una istruzione?

Chiaro si scorge essere stata questa la intenzione del legislatore. Ci sembra almeno dimostrato, dalle espressioni dell' art. 451 † 515, che la definizione data nell' art. 452 † 516 debb'essere considerata come enunciativa, e non già come limitativa, essendosi voluto che ogni qual volta una sentenza qualunque pregiudica il merito, vale a dire, manifesta l' opinione del tribunale su' dritti pretesi dalle parti, ed i quali formeranno la materia della decisione deffinitiva, questa sentenza preliminare fosse riputata *interlocutoria*, e come tale, suscettiva dell' appello prima di questa decisione. Siffatta opinione trova un appoggio nei passi riportati nel discorso dell' oratore del governo.

(2) « In effetti le sentenze, dice Poncet, nel » suo Trattato *ex professo* delle sentenze, sono in-

riputare preparatoria qualunque sentenza che non stabilisce verun anticipato giudizio, e quindi qualunque sentenza la quale regola unicamente la procedura ad oggetto di preparare la causa per esser diffinitivamente decisa, e che *nulla giudica anticipatamente sul merito*, perchè in niun modo manifesta un' opinione del tribunale sull' oggetto, sulla materia e sul merito della causa.

Per la qual cosa, in generale, qualificasi come sentenza *preparatoria* qualunque sentenza di semplice istruzione, che ordina tale o tal altra formalità che la legge prescrive; autorizza; per esempio, quelle che pronunziano la continuazione o la rimessione della causa da un' udienza all' altra, la riunione delle due cause (1), un rapporto, una istruzione per iscritto (2), una comunicazione di documenti, sia al ministero pubblico, sia ad una delle parti, quando però, in quest' ultimo caso, lo avversario non si opponga a questa comunicazione (3).

Si è tale la dottrina che crediamo dover professare sulle sentenze non diffinitive, che il codice qualifica come preparatorie o interlocutorie; dottrina a norma della quale decideremo le quistioni che ci rimangono ad esaminare (4).

1617. *Allorchè un tribunale ordina un chiarimento qualunque, ma coll' idea di non* NUOCERE NÈ PREGIUDICARE A' DRITTI DELLE PARTI, *nè allo stato della causa, la sentenza è forse benanche interlocutoria?*

Dicemmo sulla quistione 2282 del nostro Trattato e quistioni, che una simile sentenza non può essere considerata come interlocutoria, poichè il giudice era stato sollecito di dichiarare che *non intendeva in verun modo anticipar giudizio sul merito*, ma ora ritrattiamo formalmente questa opinione, da noi fondata su di una decisione della corte di Rennes del 14 novembre 1815, dalla quale deducemmo una conseguenza troppo estesa.

Epperò sosteniamo che il carattere d' interlocutoria è impresso nella sentenza, anche negli stessi casi in cui il giudice ordina una verifica, quantunque siavi luogo a pronunziare su di una quistione pregiudiziale, il di cui scioglimento renderebbe tale verifica inutile, e che allora le espressioni di cui si è servito per manifestare la sua intenzione, di non intender nuocere nè pregiudicare a' dritti delle parti, sono assolutamente indifferenti. Ed è quanto ritiene la stessa decisione del 14 novembre 1815, perciocchè vi si legge, che simili espressioni « *non potrebbero nulla operare* se la sen-
» tenza avesse d' altronde il carattere d'inter-
» locutoria, ed ove si potesse dedurre dalle

» *terlocutorie*, se recano un pregiudizio attuale ed
» irreparabile in deffinitivo, se per *necessità di*
» *conseguenza*, determinano la decisione della cau-
» sa nel merito, o *se anche senz' andare tant' ol-*
» *tre, esse non fanno che intaccare il merito, sen-*
» *za legare nè le parti nè i giudici*. Sotto questi
» diversi punti di veduta, le sentenze sono prin-
» cipali in ragione del torto reale, o della IN-
» QUIETUDINE che cagionano, e conseguentemen-
» te esse sono impugnabili in se stesse, *isolata-*
» *mente e pregiudizialmente* » — (*Vedi tom.* 1, *pag.* 170, n. 166.)

(1) Vedi appresso quistione 1621.

(2) Vedi quistione 439.

(3) Vedi qui appresso quistione 1623.

(4) Noi termineremo con una osservazione generale che ci vien suggerita dalla esperienza; ed è che le corti reali hanno generalmente una tendenza a rigettare gli appelli delle sentenze impugnate innanzi ad esse *come interlocutorie* prima della sentenza deffinitiva. L' intimato non manca mai di cercare un mezzo di sottrarsi all' appello, e lo trova in un sentimento naturale al magistrato imparziale, qual' è questo di nulla omettere che *possa illuminarlo*. E tantopiù vi si può facilmente riuscire invocando un si nobil sentimento, quanto il giudice è più religiosamente penetrato de' suoi doveri; ed è perciò ch'ei difficilmente può essere indotto a scorgere un anticipata sentenza in una interlocutoria che, in deffinitivo, gli sembrerebbe di non aver nulla d' *irreparabile*, sopra tutto secondo la massima, *l' interlocutoria non lega il giudice*. (*Vedi appresso la quistione sul senso in cui si dee applicare questa massima.*) Ma a fianco del desiderio di ottenere una più compiuta e profonda istruzione, trovasi il pericolo di ledere i dritti che vengono alle parti dalle disposizioni medesima della legge. Or non invano al certo essa ha autorizzato gli appelli avverso le sentenze interlocutorie, considerando, siccome dice Duparc-Poullain, tom. 9, pag. 495 « che qualunque sen-
» tenza d' istruzione che è irregolare, e *che può*
» *dar luogo a spese inutili, cagiona un pregiudizio*
» *evidente* all' una o all' altra delle parti; e qual-
» che volta anche a tutte due, e *ch' era giusto*
» *che l' appello di una simile sentenza avesse il*
» *suo effetto*, perchè, dicono gli autori del no-
» stro codice, nel giudizi non debbe farsi nulla
» d' inutile, e perchè lo spirito di tutte le leggi
» relative alla procedura è di procurare *rapidità*
» *nell' andamento; ed economia nelle spese.* »

» altre disposizioni, o anche da' motivi della » detta sentenza, l'intenzione de' giudici, di » anticipar giudizio sul merito in tutto o in » parte » e possiamo aggiungere, che debba esser lo stesso, allorchè il mezzo d' istruzione ordinato pregiudica necessariamente, *per sua natura*, il merito della quistione.

In effetti, se fosse diversamente, non vi sarebbe sentenza che, quantunque pregiudicasse evidentemente il merito, non si potesse per mezzo di siffatte espressioni sottrarre all' appello, ed un tale abuso non potrebbe certamente tollerarsi.

D' altronde, è da osservarsi che l' oggetto delle espressioni, *senza nuocere*, *nè pregiudicare ec*: *ec*: impiegate nella sentenza non diffinitiva, non è quello di stabilire che il giudice non ha inteso *di giudicare anticipatamente*, ma bensì di esprimere che non ha voluto *ligarsi* colla sentenza interloculoria. E si è questa la dottrina di Duparc-Paullain (1).

1618. *La sentenza che ordina la chiamata di un terzo in causa, è forse interlocutoria?*

Noi abbiamo detto sulla quistione 142 che una sentenza, la quale accorda un termine per chiamare in causa un garante, sembravaci dover esser piazzata nella classe delle preparatorie; ma osserviamo presentemente esservi circostanze in cui una sentenza, la quale ordina la chiamata in causa di un terzo può esser riputata interlocutoria; ciò che accade ogni qual volta questa chiamata in causa può aver qualche influenza sulla decisione del merito della contestazione.

Tal' è il principio ritenuto da un' arresto della sezione de' ricorsi della corte di cassazione del 1. luglio 1809 (*Sirey*, *tom*. 9, *pag*. 301), applicato ad una sentenza la quale, su di una

(1) Merlin, parlando di una decisione colla quale la corte di Bordò aveva deciso che dipendeva dal giudice *di qualificare la sua sentenza*, diceva:

» La corte di appello si è forse servita seriamente di queste espressioni? Donde essa ha desunto che i tribunali di prima istanza hanno » un potere discrezionale per determinare le qualità delle sentenze che pronunziano, per decidere se queste sentenze sieno contradditorie o » contumaciali, *preparatorie* o *interlocutorie*? In » questa materia, come in ogni altra, continua » Merlin, i tribunali non hanno nè debbono » avere altra bussola che la legge. Se essi si » allontanano dalla legge, se qualificano come » contraddittorie sentenze pronunziate in contumacia, il dovere delle corti di appello è di rivocarle, e mancando ad un tal dovere le corti » di appello rendon proprie le infrazioni alla legge che i tribunali di prima istanza si son permesse » (a).

La stessa dottrina è energicamente professata da Berriat-Saint-Prix nel suo *Corso di procedura* 2. ediz. pag. 246. Dopo di aver detto che la differenza da farsi tra le sentenze preparatorie e le sentenze interlocutorie è molto malagevole concepirsi, aggiunge: « La clausola, *prima di far dritto* ec. » colla quale i tribunali caratterizzano le loro sentenze come preparatorie, non fa cessare l' impaccio, perchè non dee dipendere da un tribunale il dare alla decisione, con queste inesatte qualificazioni, un carattere che può essere » smentito da' risultamenti della stessa decisione.»

In fine siffatta osservazione è pienamente giustificata da un' arresto della corte di cassazione del 24 ottobre 1808, riportata nella Giurisprudenza del codice di procedura e da una decisione della corte di Grenoble del 22 luglio 1809, riportata nella Giurisprudenza del codice civile (b).

Finalmente leggesi nella decisione della corte di Rennes del 25 giugno 1822, già citata nella pag. 211 « d' essersi formalmente dichiarato che la clausola, *senza nuocere*, *nè pregiudicare*, non impedirebbe il giudizio anticipato, ove si potesse » trovarlo nel complesso della sentenza o in alcuna delle sue disposizioni. »

In fatti la corte non dichiarò l'appello inammissibile, se non in considerazione che nulla enunciava *l' anticipato giudizio*; epperò la clausola aver dovea tutto l'effetto che i primi giudici avevano voluto attribuirle.

(a) *Le conclusioni proposte per l' annullamento dalla decisione della corte di Bordò furono seguite, e la corte suprema consacrò l'opinione del procuratore generale colla decisione del 6 dicembre* 1815 (Vedi l' addizione alle quistioni di dritto, tom. 6, alla parola *opposizione*, § 6, pag. 610.)

(b) *La prima di queste decisioni considera, non solamente come interlocutoria, ma anche come diffinitiva una sentenza la quale ordina un esame, e la dichiara sottoposta all' appello prima della sentenza deffinitiva, non ostante questa enunciazione*, prima di far dritto, riserbando tutte le cose relative alla causa principale.

La seconda dichiara, che l' avverbio preparatoriamente *non può attribuire alla sentenza la quale avea ordinata una* chiamata *in causa il carattere di una sentenza semplicemente preparatoria, per la ragione, che* per conoscere la sua natura, bisogna piuttosto consultare i veri motivi che l' hanno dettata, che l' espressioni improprie adoperate nella sua redazione.

dimanda di rendimento di conto fatta contro gli eredi del curatore di un fallimento, avea ordinato la chiamata in causa de' creditori, onde sapere da essi se erano stati soddisfatti, come detti eredi sosteneano per respingere l' azione.

Ed applicando appunto un tal principio la corte di Grenoble, con decisione del 22 luglio 1809, ritenne interlocutoria una sentenza, con cui nel corso di un giudizio di nullità di matrimonio erasi ordinata la chiamata in causa de' figli che n' erano nati. Essa considerò che questa chiamata in causa anticipava la decisione sul merito, facendo credere che il tribunale riguardasse questi figli, come già nati da un matrimonio legitimo — (*Vedi il Commentario inserito negli Annali del notariato, tom. 3, pag.* 68 e 69.)

Più, la corte di Brusselles considerò come interlocutoria una sentenza che ordinava la chiamata in causa di un terzo, il quale avea sequestrato nelle mani di uno che avea sottoscritto un effetto di commercio all'ordine del suo debitore, del quale effetto avea costui trasmessa la proprietà per mezzo di una girata. Fu ammesso l'appello da questa sentenza, sulla considerazione che giudicava anticipatamente il merito, in quanto che supponeva nel sequestrante de'dritti che non poteva avere in pregiudizio del possessore, dappoichè il suo sequestro non poteva impedire il pagamento al possessore dell'effetto, di cui era egli il proprietario in conseguenza della girata di colui a beneficio del quale era stato creato. — (*Vedi la decisione della corte di Brusselles del* 10 *maggio* 1810: *giurisprudenza sulla procedura, tom.* 2, *pag* 208).

Finalmente con decisione della corte di Amiens del 26 luglio 1823 (*Sirey* 1823, *pag.* 19), fu giudicato che una sentenza la quale ordina sentirsi i terzi all'udienza sull'oggetto della lite, non è semplicemente preparatoria, dovendo nel senso dell'art. 451 riputarsi *interlocutoria*, in quanto che l'udizione de'terzi necessariamente è ordinata da'giudici, per desumere dalle loro dichiarazioni motivi sufficienti a determinarsi. Poco importa, soggiunse benanche la stessa decisione (ciocchè torna in appoggio di quanto abbiam detto alla pag. 213), *che la sentenza sia renduta pria di far diritto*, *e senza giudicare anticipatamente, salvo ad avere per le dichiarazioni de' terzi quel riguardo ch' è di ragione.*

Da un' altra banda noi possiamo citare dei casi nè quali fu deciso che la chiamata in causa de' terzi non importava alla sentenza che l' ordinava il carattere d' interlocutoria. Per esempio, la corte di Montpellier giudicò, il 19 dicembre 1810, doversi riputare preparatoria una sentenza la quale, prima di far dritto, ordinava la chiamata in causa di un terzo, e che nondimeno pronunziava condanne contro i giranti di una lettera di cambio, senza accordar loro regresso contro il traente ed il possessore, scindendo così l'azione intentata solidalmente contro di tutti (1).

1619. *La sentenza che ordina la comparsa delle parti in virtù delle disposizioni degli art.* 119, *e* 428 *è forse semplicemente preparatoria*

Abbiam detto nelle quistioni 501, e 1532? che una tale sentenza non poteva considerarsi, come interlocutoria, attesochè per nulla anticipava il giudizio sul merito, e siffatta proposizione è vera, ove considerasi soltanto la natura della sentenza, indipendentemente dalle circostanze particolari, secondo le quali potrebbesi dire che giudicherebbe anticipatamente sul me-

(1) Possono osservarsi le particolarità di questa causa nel Giornale de' patrocinatori, tom. 3, pag. 176. Coffinières mette in seguito della decisione molte osservazioni le quali provano, secondo noi, che la sentenza comprendeva delle disposizioni diffinitive ed una disposizione interlocutoria, e che sotto questi due rapporti l' appello non dovea dichiararsi inammissibile. In effetti, per parlare della sola disposizione relativa alla chiamata in causa, è dimostrato che la medesima era connessa alla decisione da pronunziarsi sul merito, poichè era stata provvocato da unico oggetto di provare che la obbligazione aveva una falsa causa.

Finalmente, alla citata decisione della corte di Montpellier bisogna aggiungera quella colla quale la corte di Brusselles pronunziò al 19 settembre 1812 (*vedi la Giurisprudenza del codice civile*, *tom.* 20, *pag.* 414), che una sentenza la quale, pronunziata sulla dichiarazione dell' appellante di volersi iscrivere in falso, ordina la chiamata in causa del traente, non è una sentenza interlocutoria da cui si possa appellare prima della sentenza deffinitiva, pel motivo che questa chiamata in causa, avendo soltanto per oggetto il chiarimento dei fatti, in nulla *pregiudica* il merito.

Ma questa decisione ci sembra uniforme alla dottrina sviluppata nella quistione 1616, attesochè nessun dubbio erasi elevato fra le parti relativamente a questa chiamata in causa, e che nell' ordinarla, il tribunale in niun modo *giudicò anticipatamente* la quistione del merito.

rito. Laonde, quantunque la sentenza di cui trattasi sia di sua natura una sentenza d'istruzione, una semplice preparatoria, potrebbe considerarsi qualche volta come interlocutoria. Fu perciò, per esempio, che la corte di Torino decise esser interlocutoria una sentenza la quale ordinava che la parte citata pel pagamento di un biglietto ad ordine, sarebbe tenuta di rispondere, pria di tutto, se intendeva impugnarlo: fondava una tale decisione sul motivo che non trattavasi di un oggetto di semplice istruzione, ma sibbene di una istruzione che avea relazione al merito, e lo giudicava anticipatamente. È necessario osservare che la parte alla quale ordinavasi di rispondere sosteneva che la sua obbligazione era nulla, atteso che l'atto non era uniforme alla legge; che siffatta nullità dovea esser pronunziata dal tribunale, e che conseguentemente non eravi luogo a farla spiegare sulla circostanza se ella intendeva impugnare il biglietto, come non scritto di proprio pugno. È evidente che in siffatto caso, la sentenza d'istruzione pronunziava preventivamente sul merito, perciocchè annunziava che i giudici non intendevano ammettere la nullità proposta, ma era loro mente determinarsi a norma de' fatti della scrittura.

Ma potrebbero avvenire de' casi in cui vi fossero maggiori difficoltà per determinare i caratteri della sentenza. Se, per esempio, il tribunale ordinasse la comparsa di una parte, senza precisare i fatti su i quali proponesi interrogarla, non potrebbesi, secondo la nostra opinione, considerare la sentenza come interlocutoria, non potendosi presumere l'influenza che l'interrogatorio della parte sarebbe capace di avere sul merito. Tale si è il caso da noi proposto nelle nostre quistioni 501 e 1532. Ma sarebbe lo stesso allorchè il tribunale ordinasse che la parte comparirà per rispondere sul tale o tal'altro fatto, ed a tale o tal'altra dimanda? Noi ci avvisiamo che in questo caso la sentenza sarebbe interlocutoria, perciocchè il tribunale enuncierebbe l'intenzione di far dipendare, più o meno direttamente, la decisione del merito dalle risposte che riceverebbe. Ed è in questo senso, secondo noi, che devesi intendere questa proposizione generale, annunciata da Hautefeuille, alla pag. 255, e che egli corrobora con due decisioni della corte di Orleans del 27 maggio 1808, e 1 giugno 1809.»

Una sentenza la quale ordina che una parte sarà intesa in pubblica udienza, *sopra fatti* relativi al merito dell'oggetto litigioso, è interlocutoria, perchè presumesi che i giudici abbiano anticipatamente giudicato sul merito col valore delle dichiarazioni che farà la parte la quale dovrà esser intesa. Ed appunto nell'altro senso la corte di Colmar, colla decisione citata sulla quistione 1532, dichiarò preparatoria una sentenza la quale ordinava la comparsa personale in causa di tutte le parti [a].

1620. *La sentenza che ordina un interrogatorio sopra fatti e loro circostanze, e preparatoria, o interlocutoria?*

Una tale sentenza sembraci doversi considerare come interlocutoria; e nondimeno abbiam detto sulla quistione 1211, che pensavamo non potersene appellare innanzi la sentenza diffinitiva (1). Nè fu perchè si fosse da noi ignorato che tale opinione era contraria a molte decisioni che abbiam avuto cura di citare; ma checchè ne sia, ci attenghiamo alle considerazioni che ce l'hanno dettata. — (*Ved. tom.* 2, *pag.* 191) (2).

1621. *Vi sono forse de' casi in cui una sentenza di riunione possa esser considerata come interlocutoria?*

» Che sì, dice Demiau-Crouzilhac alla pag. 325, vi ha delle sentenze le quali, quantunque

[(a) La corte di Liege dichiarò ammissibile l'appello da una sentenza che rifiutava di ordinare la comparsa personale di una delle parti, per essere intesa sopra fatti e loro circostanze. (*Decisione del* 12 *novembre* 1822; *Annali di Laporte, anno* 1822, *vol.* 1, *pag.* 232.)]

(1) Del resto la corte di Rouen ha in parte confermata la nostra opinione colla decisione del 27 maggio 1817 (*Sirey*, *tom.* 17, *pag.* 235), dichiarando che le sentenze le quali ordinano, sia un interrogatorio, sia una comunicazione di documenti, non potevano essere impugnate se non dopo la sentenza deffinitiva; ma essa ha pronunziato in tal guisa, dichiarando che queste sentenze erano preparatorie.

(2) Una sentenza la quale ordina che i fatti articolati saranno confessati o impugnati in un termine da stabilirsi, sarebbe semplicemente *preparatoria*, posto che tale sentenza non ordinasse la pruova di questi medesimi fatti. — (*Parigi* 19 *dicembre* 1810; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 380.)

Nota. *In effetti una tale sentenza non giudicherebbe anticipatamente il merito, se non quando ordinasse la pruova in caso di negativa. Sino a qual punto, il tribunale non prende che una misura preparatoria, per mettersi in istato di ordinare siffatta pruova.*

preparatorie, racchiudono espressamente o implicitamente qualche decisione sull'azione o sulla eccezione. Così, per esempio, una sentenza la quale ordinasse la riunione di due istanze ed una istruzione per iscritto sul tutto, relativamente al merito, sarebbe più che preparatoria, in quanto alla riunione ordinata, dappoichè la riunione delle due cause può far sì che l'una sia di nocumento all'altra. Siffatta riunione, accompagnata da una istruzione per iscritto su tutte e due, può, col ritardo che ne risulta, esser di pregiudizio a quella causa, la quale trattata separatamente sarebbe sbrigata con più celerità dietro una semplice discussione in udienza: queste circostanze sono cause le quali rendono l'appello legitimo, anzi spesso necessario ».

Noi non crediamo che questa opinione debb'esser seguita, poichè la distinzione fatta dalla legge tra le sentenze preparatorie e le interlocutorie essendo fondata sul pregiudizio del merito, non puossi dire, nelle circostanze supposte da Demiau Crouzilhac, che il tribunale abbia in alcun modo pregiudicato il merito. Se la riunione e la istruzione per iscritto possono ritardare la decisione diffinitiva, questo ritardo non è una ragione per far uscire la sentenza che le ordina dalla classe delle preparatorie. D'altronde accaderebbe spesso che l'appello interposto da questa sentenza allontanerebbe questa decisione molto più di quello che non l'avrebbero fatto la riunione e la istruzione per iscritto.

1622 *Vi sono forse de' casi in cui la sentenza la quale ordina una sospensione, possa considerarsi come interlocutoria?*

Un arresto della corte di cassazione del 27 giugno 1810, (*ved. Sirey, tom.* 10, *pag.* 380) ci offre l'esempio di un caso in cui la detta corte decise che una tale sentenza non solamente era interlocutoria ma diffinitiva. In effetti accordando la sospensione, questa sentenza conteneva virtualmente una decisione su di una controversia in punto di dritto e di procedura, la quale era il solo oggetto del litigio delle parti, poichè avea pronunziato che il possessore di un biglietto ad ordine era obbligato, pria di costringere il suo debitore al pagamento, di attendere che costui avesse introdotto sua dimanda, o le sue dimande per chiamare altri a garentirlo. Chiaro si scorge che una sentenza la quale decide una simile quistione non è *preparatoria*, e nemmeno *interlocutoria*, ma bensì una sentenza *diffinitiva* ed irreparabile sul punto principale, o per meglio dire, sull'unico punto del litigio.

1623. *Può forse accadere che una sentenza la quale ordina una comunicazione di documenti, debba considerarsi come interlocutoria?*

Una tal sentenza è preparatoria di sua natura, ed intanto può avvenire che addivenga interlocutoria, se giudica anticipatamente il merito. Per esempio, una parte sostiene che un documento il quale trovasi in potere del suo avversario, deve somministrare una prova che determinerà la decisione sul merito; quest'ultimo sostiene non esservi ragione per ordinare la presentazione di siffatto documento, perciocchè ha opposto un mezzo d'inamissibilità che tende ad allontanare l'esame della lite sul merito, nulladimeno il tribunale ordina la comunicazione del detto documento. È chiaro che questa sentenza avrà tutti i caratteri di una interlocutoria, non solamente perchè fa supporre che il tribunale non ammetterà il mezzo d'inamissibilità, ma anche perchè fa presumere che il giudice, pronunziando sul merito, deciderà secondo la prova che presenterebbe il documento da comunicarsi; d'onde conseguita essere sufficiente, perchè la sentenza la quale ordina la comunicazione di un documento sia interlocutoria, che una delle parti sostenga che il documento è di tal natura da somministrare una prova in suo favore, e l'altra opponga si a siffatta comunicazione (1).

(1) Nondimeno con decisione del 12 dicembre 1810, la corte di appello di Rennes giudicò in una simile circostanza, che la sentenza non era se non preparatoria. (*Vedi il Giornale delle decisioni di detta corte, tom.* 1, *pag.* 499.) Trattavasi di una dimanda fatta da un letterato ad oggetto di ottenere ciò che pretendeva di essergli dovuto sul prezzo di un gran numero di libri che avea venduto alla sua parte avversa. Questa presentava una quietanza che pretendeva di essere a saldo; ma l'attore asseriva non essere stato saldato il suo conto, e sosteneva che la prova di tale sua assertiva risoltava da un notamento di libri scritti da lui, e sul quale era indicato il prezzo di ciascuno, documento che si trovava in mano del convenuto che pretendeva esser liberato dal debito. Sentenza che ordina la comunicazione; appello; mezzo di inammissibilità risultante dal perchè la sentenza era semplicemente preparatoria. Ma l'appellante diceva: *Io ho pagato il prezzo de' libri che mi sono stati venduti; intanto mi si ordina di presen-*

1624. *Devesi forse considerare come sentenza preparatoria quella la quale ordino che le parti rimettano presso gli avvocati i loro documenti, onde pronunziarsi su quanto è di loro ragione , dietro il parere di questi rapportato al tribunale ?*

La corte di Rennes giudicò siffatta quistione per l'affermativa, con decisione del 29 novembre 1810. Questa decisione non contiene i motivi secondo i quali considerò la sentenza come preparatoria. Il motivo però fu senza dubbio quello di aver opinato che la misura ordinaria di officio non avea avuto per oggetto che di mettere la causa nello stato di riunire la sentenza diffinitiva al mezzo dell' esame che sarebbe fatto dagli avvocati. Indubitatamente la misura ordinata era essenzialmente preparatoria , e non pregiudicava per nulla il merito.

Se non ci siamo ingannati nella soluzione data al n.449, e 1533,val a dire,se è vero che i tribunali civili non possono ordinare simili differimenti dell'esame della lite, vi sarebbero, secondo la nostra opinione , ragioni validissime perchè l'appello nulladimeno fusse ammissibile pria della sentenza diffinitiva , perciocchè non trattasi qui di una misura autorizzata dalla legge, ma di una decisione la quale presenta , per così dire , una specie di momentanea denegata giustizia, e che cagiona d'altronde ad una delle parti un danno attuale e reale, in quanto che l'espone ad un giudizio anticipato, il quale evidentemente risulterebbe contro di essa mediante il parere da darsi dagli avvocati. Adunque noi crediamo che la corte di Rennes ha potuto malamente giudicare, dichiarando inammissibile l'appello da una simile sentenza.

1625. *Una sentenza la quale ordina di prodursi in giudizio una quietanza di pagamento,è forse interlocutoria ?*

Che si , poichè una simile sentenza fissa il punto di difficoltà in rapporto a siffatto documento,decidendo per necessità anticipatamente sul merito;perchè questa misura non ha dovuto esser adottata inutilmente , e s' intende , che mancando la parte di giustificare il pagamento, sarà condannata a pagare ec. — (*Ved. la decisione della corte di Orleons, del 2 giugno* 1808, *Houtefeuille alla pag.* 255) (1).

1626. *È forse interlocutoria quella sentenza la quale ordino rendersi un conto da una società di commercio, la cui esistenza fosse impugnata, e che, a tal riguardo, rinvia le parti dinanzi agli arbitri ?*

Si, dappoichè il tribunale pronunziasi preventivamente per la esistenza della società, al-

tare un documento il quale , secondo il mio avversario , servirà a fissare l'ammontare di questo prezzo , cosicchè possa somministrare una pruova che io sono rimasto debitore. Questa sentenza è essenzialmente interlocutoria , poichè pregiudica il merito , in quanto che vengono implicitamente a rigettarsi i mezzi su i quali io fo poggiare la mia liberazione.

Ecco i motivi pe' quali la corte credè di dover dichiarare inammissibile l'appello. Essa considerò: » che i primi giudici , ordinando all' appellante, prima di far dritto , di presentare un documento che innanzi ad essi ei non negò di possedere , non avevano dato alcun motivo da cui si potesse rilevare aver essi inteso di giudicare anticipatamente sul merito , e legarsi irrevocabilmente con questo modo d' istruzione ; che la loro decisione su questo preliminare avea conseguentemente il carattere di sentenza preparatoria , da cui non può interporsi appello se non dopo la sentenza deffinitiva e congiuntamente all' appello di questa sentenza ; che d' altronde la decisione determinandone così il vero senso , conserverebbe i dritti dell' appellante senza pregiudicare ai mezzi di difesa della parte intimata. »

Questa decisione non ci sembra doversi seguire, come se nella specie avesse fissato un punto di giurisprudenza , primieramente perchè il carattere di una sentenza non dipende , secondo noi , dai motivi espressi nè *considerandi* di una sentenza , ma bensì da' risultamenti che derivano dalla sua parte dispositiva ; secondariamente, perchè importa poco che i giudici abbiano manifestata la *intenzione di legarsi irrevocabilmente* , poich' è principio consacrato nella più formale maniera da molte decisioni della corte di cassazione, che una sentenza puramente interlocutoria, quantunque pregiudicante il merito , non ha in alcun modo l'autorità della cosa giudicata; che non obbliga i giudici , e che può essenzialmente emendarsi in deffinitivo. — (*Vedi le decisioni de'* 17 *gennaio* , *e* 12 *aprile* 1810 ; *Sirey, tom.* 10, *pag.* 135 *e* 274).

Per lo che indipendentemente da'motivi assegnati dal giudice , basta che il merito sia pregiudicato in qualche cosa dalla parte dispositiva della sentenza , per potersi questa considerare interlocutoria ; e tale dovea essere la decisione da pronunziarsi nella specie qui sopra riportata. — (*Vedi sopra , pag.* 211 , *nota* 1.)

(1) Ma una sentenza la quale ordinasse puramente e semplicemente la presentazione dell'originale di un documento, non sarebbe che semplice preparatoria. — (*Parigi*, 19 *dicembre* 1810; *Sirey* , *tom.* 14 , *pag.* 380).

trimenti sarebbe inutile ordinare il rendimento del conto di una società che non esisterebbe (1). — (*Ved. l'arresto della corte di cassazione del* 28 *agosto* 1809, *Sirey*, *tom.* 9, *pag.* 434).

1627. *Una sentenza la quale ordina una perizia, nella specie dell'art.* 969✝1045 *del codice di procedura, è forse interlocutoria?*

Dessa è preparatoria, imperocchè questo articolo vuole che il giudice non possa ordinare una vendita all'incanto se non dopo la perizia. Affinchè la sentenza fosse interlocutoria, bisognerebbe che venisse contradetta la dimanda di divisione. Quando però la legge prescrive imperiosamente una verificazione, il tribunale non fa altro che mettere la causa nello stato di esser decisa; ciocchè forma il carattere essenziale della sentenza preparatoria (2).

[1627 *bis*. *La sentenza che ordina la discussione dinanzi la camera delle ferie, è forse semplicemente d' istruzione, ed è suscettibile di appello?*

[La corte di Brusselles dichiarò ammissibile l' appello da siffatta sentenza, con decisione del 23 agosto 1822. (*An. di Laporte*, *anno* 1822, *vol.* 2, *pag.* 246)].

1628. *L' errore del giudice sul carattere di una sentenza preparatoria o interlocutoria, costituisce forse soltanto un giudicato illegale che non possa dar luogo ad annullamento?*

La negativa di siffatta quistione fu pronunziata con arresto della corte di cassazione, del 28 agosto 1807. (*Ved. Denevers*, 1809, *pag.* 229). In effetti se si ritenesse, che l'errore sul carattere della sentenza non fosse un mezzo di annullamento, renderebbonsi illusorie le disposizioni degli art. 451 e 452 ✝ 515 e 516, perciocchè i giudici superiori potrebbero impunemente ammettere o rigettare l' appello da una sentenza diffinitiva, qualificandola arbitrariamente o per preparatoria, o interlocutoria, malgrado il carattere designato dalla legge per distinguerle (3).

(1) È lo stesso di una sentenza la quale nomina un arbitro per procedere ad un conto, quando la controversia tenda a far decidere, se vi è luogo a dare il conto. — (*Parigi* 25 *novembre* 1812, *Giornale de' patrocinatori, tom.* 7, *pag.* 97).

(2) Una decisione della Corte di Rennes dei 14 novembre 1815 ha formalmente consacrata questa opinione. — (*Giornale*, *tom.* 4, *pag.* 466).

(3) Vedi qui appresso la quistione per sapere se ed in qual epoca le sentenze interlocutorie sono soggette al ricorso per annullamento.

1629. *L' appello da una sentenza interlocutoria è forse ammissibile, dopo la sentenza diffinitiva, sol quando la parte si trovi nel termine di tre mesi, a cominciare dalla notificazione, senza che d'altronde abbia acconsentito, nè sia concorsa alla sua esecuzione?*

In altri termini, *allorchè producesi appello contro la sentenza diffinitiva, si può forse anche appellare contro la sentenza interlocutoria, ancorchè siano decorsi tre mesi dalla notificazione, e che siasi prestata acquiescenza?*

Tale importante quistione fu decisa negativamente dagli scrittori; cioè: relativamente al termine, da Pigeau tom 1, pag. 568, e da Berriat Saint-Prix pag. 410, relativamente all' acquiescenza, da Lepage nelle sue quistioni alle pag. 297, 298, e da Demiau Crouzilhac, pag. 325; finalmente, sotto entrambi i rapporti, da Hautefeuille, pag. 255 e 256.

Le ragioni addotte da' cennati scrittori sono, 1. che l' art. 443 ✝ 507 il quale fissa il termine dell' appello, non fa alcuna eccezione per le sentenze interlocutorie: 2 che ogni appello è inammissibile allorchè si è prestata acquiescenza alla sentenza, consentendo, o concorrendo alla sua esecuzione, ed una riserva di rendersi appellante neppure potrebbe escludere la eccezione d'inammissibilità, dappoichè implica contraddizione far valere riserve incompatibili con un' acquiescenza; 3. che non trovasi eccezione a questi principi se non nella prima disposizione dell' art. 451, ma che questa disposizione non si riferisce che alle sentenze preparatorie, e non può in conseguenza estendersi alle interlocutorie che sono oggetto di una disposizione particolare.

Ciò non ostante, più decisioni (4) han ritenuta una opinione diametralmente opposta; adottando per motivo, a dirla in breve, che l' art. 451 colla sua seconda disposizione, lascia alle parti *la facoltà* d' interporre appello

(4) Vedi la decisione della Corte di Treves del 1 agosto 1810, della Corte di Colmar de' 6 aprile 1810, e di quella di Nancy de' 28 giugno 1817 (*Sirey*, *tom.* 11, *pag.* 225; *tom.* 14, *pag.* 380, *e tom.* 18, *pag.* 89); della Corte di Rennes, de' 28 dicembre 1808 e 8 gennaro 1813. Noi aggiungeremo una decisione della corte di Parigi de' 16 maggio 1809, renduta in udienza solenne e citata dal procuratore generale Mourre nell' arringa di cui or ora avremo occasione di parlare. Noi raccomandiamo a' nostri lettori di leggere le considerazioni della decisione di Nancy.

da una sentenza interlocutoria, non appena pronunziata, e che fu sempre regola di giurisprudenza che, come la sentenza interlocutoria non obbliga il giudice, la parte che l'esegue non si rende inammissibile ad interporne appello (1).

Che del resto, questo principio non fu abrogato dal codice di procedura civile, il quale neanche presenta alcuna disposizione su ciò che costituisce l' acquiescenza ad una sentenza; d' onde segue che dee ognuno regolarsi con questo stesso principio, consacrato da una costante giurisprudenza.

Finalmente che l' opposizione stabilita dall' art. 451 del codice di procedura tra l'appello della sentenza preparatoria e quello della sentenza interlocutoria, consiste precisamente in questo punto, che il primo è *vietato* fino a che non pronunziasi la sentenza diffinitiva, ed il secondo al contrario è *autorizzato* appena notificata la sentenza interlocutoria; ma dalla circostanza che detto appello è fin d'allora *autorizzato*, non può dedursi che sin da quel momento sia indispensabile, sotto pena di non esser più ammesso dopo la sentenza diffinitiva; che all' opposto dipende dalla parte la quale credesse scorgervi alcun motivo di pregiudizio, subordinare il suo gravame alla decisione del merito, dalla quale può essere rimosso il pregiudizio ec. ec.

Tale era l' opinione da noi sostenuta nella nostra Analisi ragionata n. 1481 (2). Ma credemmo doverla cangiare nel nostro Trattato e quistioni di procedura n. 2175, consi-

(1) Per la stessa ragione la scadenza del termine, la quale fa presumere l'acquiescenza, secondo questa dottrina, non produrrebbe un mezzo d'inammessibilità contro l' appello interposto.

(2) Attesocchè la soluzione della quistione sembraci ancora capace di controversia, noi crediamo dover conservare in questa nota ciocchè dicemmo al suo proposito, e lo facciamo con tanta maggior fiducia che questi motivi saranno maturamente esaminati, in quanto che Berriat-Saint-Prix, i di cui talenti ci rendono il suo suffragio sì lusinghiero, si è compiaciuto di così esprimersi, citando la nostra opinione. Carrè, in una dissertazione per altro assai ben fondata, avea adottata opinione diversa (*Analisi n. 1483*); ma egli l'ha abbandonata. — (*Trattato e quistioni, pag.* 1058.) »

Ricordiamo prima di tutto, noi dicevamo, che sotto l' impero della legislazione anteriore alla rivoluzione, sino alla pubblicazione della legge del 3 brumaio, anno 2. si poteva, secondo una dichiarazione del 14 maggio 1819, appellare senza distinzione dalle sentenze preparatorie ed interlocutorie prima della sentenza diffinitiva.

Ma la legge del 3 brumaio dell' anno 2 nell'art. 6 abrogò questa giurisprudenza, disponendo che non si potesse appellare da alcuna sentenza preparatoria durante il corso della istruzione, e che le parti sarebbero obbligate di attendere la sentenza deffinitiva, senza poter per altro opporre il loro silenzio, e nemmeno gli atti fatti in esecuzione della sentenza di questa natura.

Questa disposizione, siccome è attestato da Merlin nel nuovo Repertorio alla parola *Interlocutoria*, tom. 6, pag. 427 » comprendeva sì le sentenze preparatorie propriamente dette, che le sentenze interlocutorie, vale a dire, quelle che l' articolo 452 † 516 definisce sotto queste due denominazioni. Tanto risulta dagli art. 4 e 5 della stessa legge del 3 brumaio, ed in tal modo la corte di cassazione costantemente giudicava.

» Ma, aggiunge Merlin, l' art. 451 † 515 del codice di procedura, nel mantenere per le sentenze preparatorie propriamente dette, la disposizione della legge di cui abbiamo testè parlato, stabilisce che l'appello da una sentenza interlocutoria potrà essere interposta prima della sentenza diffinitiva. »

Ciò posto, noi dobbiam cercare i motivi pe' quali alla legislazione anteriore si è fatta tale modificazione, che non era nel progetto. Questo in effetti (*art.* 447) non conteneva che la prima disposizione dell'art. 451 † 515 del codice di procedura, val dire, riproduceva senza distinzione o modificazione quella dell' art. 6 della legge di brumaio.

Questi motivi si trovano nel discorso del Consigliere di stato Bigot de Prèameneu, che noi non possiamo ricordare abbastanza: *La parte la quale si crede lesa da una sentenza interlocutoria di cui dee temere le conseguenze, non debb' essere obbligata di attendere la sentenza deffinitiva: essa potrà egualmente ricorrere contro le sentenze le quali contengono una disposizione provvisionale.* Per questa considerazione appunto, sulla quale molte corti aveano richiamata l' attenzione del consiglio di stato, venne aggiunta la seconda disposizione dell' art. 451 † 515, e perciò nell' art. 452 † 516 furono definite le sentenze preparatorie e le interlocutorie. — (*Vedi le osservazioni di queste corti nel pratico francese, tom. 3, pag. 70 e seg.*)

Secondo noi, basterebbe osservare che queste nuove disposizioni furono stabilite solo in favore della parte la quale si credesse lesa da una sentenza munita della clausola *prima di far dritto*, la quale sentenza pregiudicasse il merito, e di cui essa vorrebbe prevenir le conseguenze, per decidere che se non si è voluto, siccome afferma l' oratore del governo, che questa parte fosse *obbligata* di attendere la sentenza deffinitiva, non si è inteso neppure che la medesima fosse *obbligata* di non atten-

derando la quistione come decisa nel senso degli scrittori che avevamo combattuto, per effetto di una decisione della corte suprema del 29 novembre 1817 (1).

dere questa sentenza per interporre appello avverso l' interlocutoria.

Ed in vero il favore accordato a colui il quale avesse da temere i risultamenti di una sentenza interlocutoria, sovente si ritorcerebbe contro la parte avente ragione di credere che la esecuzione della mentovata sentenza, che d' altronde non *lega irrevocabilmente* il giudice, non potrà pregiudicarle nel deffinitivo. Perchè, in tal fiducia, non sareb-b' essa dispensata d' interporre appello? Per qual motivo sarebbe decaduta dal dritto di appellare dopo la sentenza diffinitiva, se contro la sua aspettativa, i risultamenti le divengono pregiudizievoli? Noi non ne scorgiamo alcuna ragione. Taluni fatti, della falsità de' quali una parte si credesse convinta, sono asseverati dalla parte avversa; essa l'impugna, essa sostiene anzi che la prova non è ammissibile, o che è inutile; nondimeno l' esame è ordinato. Sarebbe forse ragionevole in questo caso obbligarla ad interporre appello dall' interlocutoria, prima della sentenza diffinitiva, e sotto pena di perderne il dritto? sarebbe lo stesso che ritardare senza bisogno, contro il suo interesse *attuale*, la fine della causa; sarebbe lo stesso che moltiplicare inutilmente le procedure e le spese.

In somma, che cosa mai ha voluto il legislatore colle due disposizioni dell' art. 451? Egli ha voluto senza dubbio apportare una modificazione tanto all' antica legislazione, la quale permettendo l' appello, prima della sentenza deffinitiva, anche delle sentenze propriamente dette preparatorie, moltiplicava senza necessità gli appelli dalle decisioni di semplice istruzione, quanto alla legislazione posteriore, la quale indistintamente proibendo di appellare da qualunque sentenza, sia semplicemente *preparatoria* sia *interlocutoria*, recava pregiudizio all' interesse attuale ed urgente che una parte avrebbe avuto a prevenire, mercè un appello, i torti ch' essa ha motivo di credere irreparabili e deffinitivi. Ma non segue da ciò che sia essa obbligata ad interporre appello, quando non sia in tal guisa interessata. — (*Vedi ancora l' Esposizione de' motivi*).

Ecco, secondo noi, le considerazioni per le quali il legislatore nella seconda disposizione dell' art. 451 si è servito della espressioni, *l' appello da una sentenza interlocutoria* PUO' *interporsi prima della sentenza deffinitiva*. Conseguita da ciò che questa disposizione accorda alle parti una facoltà ch' esse possono o pur no esercitare secondo ciò che lor detta *l' attuale* interesse, senza che potessero temere, qualora ne faccian uso, di esser decaduta dal dritto di unire l' appello dalla sentenza interlocutoria e quello dalla sentenza deffinitiva, sie perchè avessero lasciato passare il termine stabilito dall' art. 443 † 507, sia perchè avessero acconsentito o concorso alla esecuzione della sentenza colla clausola *prima di far dritto*. Tuttocciò appunto fu giudicato nel modo più formale dalle due decisioni citate al principio di questa discussione.

Dobbiamo però avvertire che queste decisioni vennero criticate da' compilatori che le riportano, dietro le ragioni esposte dai commentatori del codice in sostegno della opinione contraria. Ma senza fermarci a discutere tutte le obbiezioni, noi osserveremo che non si potrebbe, per quanto almeno è a nostra conoscenza, opporre una decisione sola a quelle di cui si tratta, neanche quella della corte di cassazione dei 17 febbraio 1807 citata da noi nella quistione 852 (*vedi la nostra quistione* 976) a cui si appoggia Demiau — Crouzilhac. In effetti, tale decisione fu pronunziata in una specie anteriore all' epoca in cui fu messo in attività il codice. Forse ci si opporrà che na abbiam fatto noi stessi l' applicaziona sulla citata quistione, dicendo, che sull' appello dalla sentenza deffinitiva, non poteva sostenersi che un esame era inammissibile, perchè la sentenza con cui fu ordinata era passata in giudicato; ma si riconoscerà senza dubbio che noi abbiam ragionato nella ipotesi che presentava la specie di questa decisione, vale a dire, di un caso in cui non esisteva appello dalla sentenza interlocutoria, nemmeno dopo la sentenza deffinitiva, e congiuntamente coll' appello da questa sentenza.

Del resto, tal' è la divergenza delle opinioni sulla quistione da noi qui risoluta, che sarà prudente cosa, finchè non sia fissata la giurisprudenza dalla corte di cassazione, o di far dichiarare incorsa la contumacia sulla esecuzione di una sentenza interlocutoria, onde riserbarsi il dritto di appellarne colla sentenza diffinitiva, o d' interporne appello prima che tale sentenza sia pronunziata, senza però prendere parte alla esecuzione della interlocutoria, ed in tutt' i casi senza lasciar trascorrere il termine stabilito dall' art. 443. Ma è questo un consiglio che diamo mal volentieri, poichè tende ad allontanare la fine di una causa, a moltiplicare le controversie, e ad accrescere le spese in molte circostanze, in cui la parte non avrebbe neanche alcun *interesse* attuale ad interporre l' appello.

(1) Noi dicemmo allora: Con decisione dalla corte di cassazione de' 25 novembre 1817 (*Sirey, tom.* 18, *pag.* 182) fu giudicato che, giusta il §. 2 dell' art. 452 † 516, non poteva impugnarsi una sentenza interlocutoria col ricorso per annullamento dopo la scadenza *de' tre mesi dalla sua notificazione fatta al domicilio*. Questa decisione essendo fondata sull' art. 452, ne segue evidentemente doversi applicare all' appello, e per conseguenza la dottrina da noi stabilita è rigettata dalla corte suprema. Si osserverà che noi dissimulavamo le obbiezioni di cui essa era suscettibile, e che consigliavamo, onde prevenire ogni difficoltà ulteriore, d' interporre

Presentemente trattasi di esaminare se dobbiamo sostenere quest'ultima soluzione, o rivenire alla prima, da noi abbandonata è vero, ma in conseguenza dell' autorità del succennato arresto, e non perchè fossimo convinti esser erronee le nostre ragioni.

Primamente osserviamo che, con decisione del 21 luglio 1817, citata da Mourre, nella sua aringa su quella del 27 gennaio 1818 (*Sirey, tom.* 18, *pag.* 155), ove trattavasi di conoscere se una sentenza la quale ordina un conto, non ostante che il convenuto sostenesse non doverne dare alcuno, la corte di cassazione avea deciso che la sentenza era diffinitiva, ben diverso; essa diceva, da quelle avverso le quali l' art. 5 della legge del 3 brumaio anno 4 (1) proibiva alle parti d' inter-

l' appello priachè spirasse il termine. Oggidì noi dobbiamo considerare come obbligaaion rigorosa ciò che non era, secondo la nostra opinione, che una misura di prudenza. Comunque sia, alcuni giureconsulti vorrebbero ammettere una distinzione, opinando doversi segnire il sistema consacrato dalla corte di cassazione nei casi soltanto simili a quelli sui quali la decisione è caduta, vale a dire, allorchè si tratta di quella specie di sentenze interlocutorie, di cui noi abbiam parlato sulla quistione 1471 delle nostra *Analisi*, tom. 2, pag. 39 (*vedi sopra n.* 1616), e che pregiudicano la decisione deffinitiva, pronunziando su di un punto della controversia, senza ordinare una pruova o una verificazione. In questo caso, essi dicono, essendo l' effetto della sentenza irreparabile nel deffinitivo, bisogna appellarne nel termine, e si diviene inammissibile a farlo se la sentenza si esegue; ma non sarebbe lo stesso della sentenza interlocutoria la quale non fosse di pregiudizio al merito, se non ordinando una pruova, una istruzione o una verifica, perchè la esecuzione di una simile sentenaa non produce l' effetto irreparabile, potendo il giudice pronunziare senz' aver riguardo alla istruzione che avesse ordinata.

Basta leggere, dicevamo noi, la decisione del 1817 e la esposizione che la precede, per convincersi che essa non soffre questa distinsione, dichiarando inammissibile l' appello da ogni sentenza interlocutoria, qualunque ne sia l'oggetto, quando sia stata eseguita, o quando sia già decorso il termine per appellare.

Finalmente, noi aggiungevamo:

Convien esaminare, se una seconda decisione delle corte di cassazione in data del 13 gennaio 1818 (*Sirey, tom.* 18, *pag.* 204) fosse in opposizione colle conseguenze che abbiam qui dedotte da quella del 25 novembre 1817.

Con tale decisione fu giudicato che, ai termini dell' art. 14 della legge del 2 brumaio anno 4, il ricorso per annullamento contro delle sentenze pronunziate in ultima istanza non compete se non dopo la sentenza diffinitiva, e che l'art. 451 del codice di procedura, il quale parla sol dell' appello, non ha derogato a questo articolo.

La corte dichiara in seguito, che nella specie sottoposta alla sua decisione, ed in cui si trattava della verificazione per mezzo di documenti di un fatto allegato dalla parte, la sentenza la quale avea ordinata questa verifica *nulla giudicava anticipatamente*; che la pruova ordinata di ufficio per valutare i mezzi invocati dalle due parti, non cagionava ad alcuna di esse *un pregiudizio irreparabile nel deffinitivo*; che tale sentenza non *lega neppure i giudici*; che la conseguenza non potova impedir loro dal ritornare su' mezzi di dritto au'quali potevano prima pronunziare indipendentemente da questo preliminare.

In conseguenza la decisione rigetta qual prematuro il ricorso per annullamento contro la sentenza, attesochè l' art. 14 della legge del 2 brumaio dell' anno 4 stabilisce che contro la sentenza preparatoria e d' istruzione non compete ricorso se non dopo la sentenza deffinitiva.

Questa decisione non ci sembra, noi dicevamo, in opposizione con quella del 25 novembre 1817, siccome potrebbe credersi a prima giunta. In effetti, essa rigettò è vero l' applicazione dell' art. 452 † 516 al ricorso per annullamento, perchè esiste una disposizione espressa nella legge di brumaio, relativamente a questo ricorso, allorchè si tratta di sentenza *interlocutoria*; ma non pronunzia, rispetto all' appello, che l' art. 552 † 516 non possa servire a determinare quando si possa assegnare ad una sentenza il carattere di sentenza preparatoria o d' istruzione, come fu giudicato con detta decisione del 1817.

In sostanza, essa trovasi d' accordo con questa ultima, determinando che una sentenza la quale non contiene alcuna disposizione deffinitiva, e che nulla *giudica anticipatamente*, è una semplice sentenze *preparatoria*, una semplice sentenza d' istruzione, la quale non è una vera interlocutoria, contro di cui per conseguenza sia ammissibile il ricorso per annullamento solamente dopo la sentenaa deffinitiva, uniformemente alla legge di brumaio. E ciò appunto fu parimenti giudicato dalla decisione del 1817, dichiarando al contrario che una sentenza la quale pronunzia deffinitivamente su di un punto della lite, e che giudica anticipatamente, non è una semplice preparatoria, e che in conseguenaa il ricorso tardivamente prodotto non è ammissibile, se siasi lasciato trascorrere il termine a produrlo in cassazione, attendendo la sentenza deffinitiva.

(1) Del resto qualunque opinione si adotti sulla quistione se queste due decisioni sieno o pur no conciliabili, non sarà men vero, in quanto all' appello, che le decisione del 1817 fissa il senso dell' art. 451 † 516, decidendo che bisogna appellare nel termine di tre mesi da qualunque sentenza interlocutoria la quale pregiudichi il merito: e per

porre appello pria della sentenza diffinitiva, *ovvero contro le quali, a'termini dell'art. 451 del codice di procedura, è in loro arbitrio di non interporre appello che dopo questa sentenza.*

Non vi ha dubbio che secondo queste ultime espressioni la corte di cassazione, come fa osservare il procurator generale, era perfettamente di accordo colle corti reali (*Sirey, tom.* 18, *pag.* 155) sul senso dell'espressione *potrà*, adoprata dall' art. 451, la quale non indica che una *semplice facoltà*, di natura tale, soggiunge il savio magistrato, che per le sentenze veramente interlocutorie la esecuzione non può produrre una eccezione d' inammissibilità.

Ma, siccome abbiamo osservato nella nota alla pagina precedente, la decisione del 25 novembre 1817 formalmente stabilisce che, a norma del §. 2. dello stesso art. 451, una sentenza interlocutoria non può esser impugnata con ricorso in cassazione. In conseguenza la corte rigettò il ricorso prodotto dopo la decisione diffinitiva. Per lo che la contraddizione tra queste due decisioni è manifesta.

È necessario però appigliarsi diffinitivamente ad uno de'due sistemi, ed in questo conflitto di opinioni e decisioni, che rende così imbarazzante l' applicazione dell'art. 452, noi crediamo, dopo maturo esame, dover adottare quello dei due che sembraci più unisono al testo della legge, al suo spirito ed all' equità, senza imbarazzarci di vantaggio a discutere le diverse decisioni da cui puossi trarre argomento per uno o per l' altro senso. Or noi crediamo trovare nel già citato discorso del procuratore generale presso la corte di cassazione, in riguardo all' arresto del 27 gennaio 1823, i più imponenti motivi a favore della prima opinione manifestata nella nostra Analisi (1).

Or dunque riassumendo le ragioni addotte di sopra, alla pag. 221, not. 1., quelle che sono sviluppate nella decisione di Nancy (*ved. alla pag.* 222), e quelle finalmente che ci somministra il dotto magistrato da noi poco fa citato, risolveremo come segue la quistione in esame.

Primamente l' appello da qualunque sentenza interlocutoria, pronunziata dietro *la contestazione* tra le parti sulla utilità o ammissibilità della prova, della verifica, della istruzione, in una parola, della misura da essa ordinata, non può esser ricevuto, sia dopo il termine di tre mesi dalla notificazione, sia dopo l'acquiescenza tacita o formale della parte interessata ad interporre appello. La ragione si è, che vi ha in questo caso una sentenza diffinitiva sul mezzo d'inammissibilità, opposto contro la misura provocata, mercè una sentenza che lega irrevocabilmente i giudici, e da cui conseguentemente è necessario appellare pria della sentenza diffinitiva sul merito, sotto pena di esser dichiarato inammissibile per effetto dell'acquiescenza, risultante, sia dallo spirar del termine, sia dalla esecuzione volontaria (2).

In secondo luogo, avviene lo stesso (perciocchè i loro effetti sarebbero irreparabili in diffinitivo) di tutte le sentenze di cui facemmo parola sulla quistione 1616, e le quali, senza ordinare una prova, o una istruzione qualunque, anticiparono la decisione diffinitiva pronunziando su di un punto della lite (3).

conseguenza, noi ripetiamo ciò che dicemmo conchiudendo nella nostra analisi sulla quistione 1474, il che osserva pure Sirey in una dissertazione inserita nella sua collezione del 1814, pag. 387, cioè, di essere in tal caso almeno prudentissima cosa interporre l' appello prima della scadenza del termine.

(1) La decisione pronunziata dietro questa aringa non definì la quistione, come potrebbè credersi dall' enunciazione del compilatore. Essa rigettò il ricorso per altri motivi desunti dal merito della cosa giudicata in esecuzione della sentenza. — (*Vedi il testo di questa decisione, Sirey come sopra pag.* 159.)

(2) Così colla decisione del 1. agosto 1820 (*Denevers* 1820, *pag.* 369) la corte di cassazione giudicò esservi violazione dell' art. 1351 † 1405 del codice civile, attesocchè le parti aveano volontariamente eseguita una sentenza interlocutoria che ordinava un' esame, senza riserve nè proteste, quantunque avessero la facoltà d' interporre appello senza attendere la sentenza diffinitiva. Essa dichiarò che tale esecuzione risultava formalmente dall' aver le parti assistito all' esame de' testimoni i quali doveano deporre nella contropruova: dal che risultava un' acquiescenza espressa, la quale attribuiva alla sentenza l' autorità della cosa giudicata, di modo che il giudice di appello rigettando il mezzo d' inammissibilità opposto dall' intimato, o pronunziando su di un appello inammissibile di cui non poteva validamente conoscere, avea espressamente violato l'art. 1351 † 1305 del codice civile.

(3) Tale sarebbe, per esempio, la specie seguente, nella quale dalla corte di cassazione fu pronunziata una decisione de' 21 gennaio 1818, citata

In terzo luogo, all' opposto, tutte le volte che viene ordinata una prova, una istruzione, una verifica, un chiarimento, una misura qualunque, sia dietro la dimanda di una parte, e senza opposizione del suo avversario, sia di officio dal tribunale per sua istruzione, la parte contro la quale essa giudica anticipatamente ha la facoltà di appellare, tanto prima che dopo la sentenza diffinitiva, ed ancorchè, in quest' ultimo caso, la sentenza interlocutoria fosse stata eseguita, o che il termine di tre mesi, a contare dalla notificazione, fosse spirato. La ragione si è, secondo il nostro avviso, che in siffatte circostanze il giudice non essendo ligato dalla sentenza interlocutoria, e per conseguenza non soffrendo la parte un pregiudizio irreparabile nel diffinitivo, è naturale, come abbiamo detto alla pag. 160, segnatamente alla nota, che l' appello sia puramente facultativo; in effetti la legge dice ch' essa *potrà* appellare, e non già che *sarà obbligata* ad appellare (1).

1630. *Qual' è, secondo la discussione e la soluzione della precedente quistione, il senso nel quale siavi luogo ad applicare presentemente la massima* L' INTERLOCUTORIA NON LEGA IL GIUDICE *?*

Generalmente si è sempre adoperata questa massima nel senso, cioè, che un tribunale dopo aver ordinata la prova di un fatto che ha potuto credere suscettibile d' influire sulla decisione della causa, ha la facoltà, se riconosca in seguito che tal fatto è indifferente, di pronunziare non ostante questa prova, e contro la parte stessa che l' ha fatta (*ved. il nuovo Repertorio, alla parola* sentenza); ed è da osservarsi che il giudice ha questa facoltà anche quando non avesse dichiarato di ordinare la prova, senza nuocere nè pregiudicare ai dritti delle parti, ne' allo stato della causa. (*Ved. sopra, alla quistione* 1617.) « In effetti, dice Duparc Poullain, Principi del dritto, tom., 9, pag. 491, ogni giudice che ordina un genere d'istruzione, reputasi sempre aversi riservato la libertà di giudicare tra le

nella collezione di Deuevers, suppl. pag. 157, nota 1.

Prima di decidere deffinitivamente, una corte avea ordinato che una delle parti presterebbe il giuramento. Era lo stesso, come dice la corte suprema ne' suoi *considerandi*, che aver anticipatamente decisa la quistione giudicata in seguito colla decisione deffinitiva pronunziata senza reclamo dopo la prestazione del giuramento. Alla sentenza interlocutoria adunque erasi prestata acquiescenza; essa non era stata impugnata; e nemmeno al momento del ricorso contro la decisione deffinitiva: perciò la corte suprema rigettò il ricorso contro quest' ultima come quella che non era se non la conseguenza della prima, la quale avea anticipatamente giudicato in guisa da cagionare un pregiudizio irreparabile, poichè, pronunziando deffinitivamente, non poteva rivocare la sua sentenza, o non aver riguardo alla sentenza interlocutoria già passata in giudicato.

Ma noi abbiam detto alla nota 3, pag. 190 che *lasciar prestare un giuramento suppletorio non è lo stesso che* prestare *acquiescenza.* Ora in detta nota osserverassi che noi parliamo di un giuramento ordinato dopo la sentenza deffinitiva, dichiarata esecutoria sotto questa condizione, e che qui si tratta di giuramento ordinato prima della sentenza deffinitiva.

(1) L' estesa discussione alla quale ci siamo abbandonati, e che riassumiamo nelle tre proposizioni riportate nel testo, prova la difficoltà della materia; e conveniamo che, malgrado i nostri sforzi, è facile che ci si rimproveri di essere oscuri, abbenchè ci affatichiamo di esser chiari. Ma, comunque sia, crederemo aver fatto alcun che di utile mettendo sotto gli occhi de' nostri lettori le ragioni che si possono allegare a favore o contro la opinione da noi adottata. Spetta alla corte regolatrice a cogliere la occasione di fissare la incertezza in cui si trovano le parti; incertezza che mette quella parte che si trovasse interessata ad appellare dalla sentenza, nella penosa situazione che, ove esegua la sentenza o lasci trascorrere il termine senza produrre il suo appello, essa dee temere che dopo la decisione deffinitiva le venga opposto il mezzo d' inammissibilità, ammesso dalla decisione del 25 novembre 1817, mentre che al contrario se interpone appello prima di eseguire e dentro il termine, ella dee temere che il suo appello sia dichiarato inammissibile, perciocchè la sentenza non sarebbe veramente interlocutoria. Non è forse giusto, lasciando la legge sì gran latitudine alla interpetrazione, di ammettere l' opinione la quale, siccome testè abbiam detto, ci sembra risultare dall' espressioni di cui la legge si è servita, e le quali trovano inoltre un appoggio su questi termini dell' art. 31 † 135, *è permesso l' appello dalle sentenze interlocutorie, prima che venga pronunziata la sentenza deffinitiva?* Or il permesso qui suppone evidentemente una regola generale alla quale deroga con una eccezione di favore; e questa regola è quella appunto della facoltà di appellare dopo la sentenza deffinitiva. (*Vedi su questa quistione la decisione della corte di Brusselles, del 17 febb. 1087, riportata nella giurisprudenza di detta corte, anno 1819, vol. 1. pag. 293.*)

» parti secondo l' equità, ed in conseguenza
» di conservare tutti i loro dritti sino alla sen-
» tenza diffinitiva. Spesso soltanto una istru-
» zione perfetta può chiarire il giudice sul
» vero punto della quistione, e se gli si toglies-
» se la libertà di allontanarsi da quanto ha
» egli stesso giudicato con una sentenza inter-
» locutoria, allorchè la istruzione fosse im-
» perfetta, porrebbesi nella necessità di com-
» mettere una ingiustizia, per quanto inno-
» centi fossero state le sue intenzioni, allorchè
» la pronunziava. »

Noi non dubitiamo che debba la massima continuare ad applicarsi in siffatto senso, ogni qual volta trattasi di una interlocutoria, con cui siasi dato giudizio anticipato sul merito, ordinando la prova, sia di officio, sia dietro dimanda di una delle parti, ma senza opposizione del suo avversario. Che se all' opposto la interlocutoria fosse stata pronunziata dopo la discussione sulla *utilità* ed *ammissibilità* della prova, la sentenza che l'ha ordinata, è diffinitiva sulle opposte eccezioni, ed è *interlocutoria* perchè pronunziata pria della diffinitiva, ed ha per oggetto di facilitarne la decisione. In questo caso il giudice è vincolato dalla sentenza interlocutoria; nè può egli ritrattarla dichiarando il contrario di ciò che avea giudicato la sentenza preliminare, cioè, che la prova era *ammissibile* ed *utile* alla decisione della causa. Dovrà dunque, poichè l' anticipato giudizio è *espresso* (*ved. sopra alla pag.* 210), pronunziare a norma della prova somministrata, se questa sentenza abbia acquistata l' autorità della cosa giudicata per effetto dell' acquiescenza risultante dalla esecuzione volontaria, ovvero per esser scaduto senza appello il termine fissato dall' art. 443 † 507 (1).

Sarebbe lo stesso per le sentenze le quali senza ordinare una prova, una istruzione, una verificazione, ma che, pria dalla sentenza diffinitiva, pronunziassero sur un punto il quale, in riguardo al suo particolare oggetto, giudicherebbe preventivamente su quanto rimane a decidersi per terminare intieramente la causa.

Di qui la necessità di appellare da siffatte sentenze pria della decisione diffinitiva, siccome abbiamo detto nella pagina precedente.

In qualunque altro caso nulla di diffinitivo viene a pronunziarsi coll'interlocutoria: il giudice, sia di officio, sia provocato da una parte senza opposizione dell'altra, non fa che usare del dritto di adoperare qualunque mezzo legale onde illuminare la sua religione. Il suo giudizio anticipato non è punto formale e nulla decide espressamente. Adunque non sarà affatto vincolato dalla sentenza interlocutoria, e potrà, sulla dimanda della parte interessata, dichiarare inammissibile o inutile la prova, che ha sul principio ordinata, o pure, pronunziando diffinitivamente, non tenerne alcun conto. Di qui la facoltà che ha una parte d' interporre appello sia prima, sia dopo la sentenza, a norma della soluzione data alla precedente quistione: *prima* della sentenza, se teme, qualora la prova le sia contraria, che i giudici persistano nel giudizio preventivamente manifestato, oppure se essa parte vuole affrettare la decisione diffinitiva, ritardata dalla esecuzione della sentenza interlocutoria: *dopo* questa medesima sentenza, se vuole evitare le spese e le lungherie risultanti da un appello il cui successo potrebbe d' altronde sembrarle incerto, e correre in conseguenza le vicende di una prova che sperava poterle essere favorevole (2).

(1) Ma osserviamo che, se la parte è sfornita di dritto a pretendere, che il giudice in questo caso ebbe torto di ordinare una istruzione preliminare; che se essa non può sostenere, discutendo il merito, che il giudice, in conseguenza della massima, *non essere egli legato dalla sentenza interlocutoria*, dee pronunziare senz'aver riguardo a tale pruova; ciò si verifica sol quando non esistessero d'altronde mezzi di decisione ai quali il giudice a preferenza sarebbe obbligato di appigliarsi. Supponiamo infatti una discussione sulla proprietà di un terreno o su di una servitù, e che in mancanza di titolo, lo schiarimento possa dipendere dall' ordinarsi dal giudice un rapporto di periti o un accesso sul luogo. Dopo la esecuzione della sentenza interlocutoria, una parte produce un titolo col quale pretende attribuire a lei sia la proprietà sia la servitù: essa potrà sostenere chè tutti gli schiarimenti dati dai periti sono inutili, perchè il tribunale dee giudicare secondo il titolo. — (*Vedi Duparc, tom.* 9, *pag.* 495.)

Quindi è che la decadenza dalla facoltà di appellare, dopo il termine stabilito dall' art. 443 † 507, o dopo l'esecuzione volontaria, non reca alcun pregiudizio alla massima, e si concilia con essa. — (*Vedi appresso la quistione* 1617.)

(2) Difatti non sarebbe giusto poggiarsi sulla massima, *il giudice non vien legato dalla sentenza interlocutoria*, per decidere in questa ipotesi che

1631. *Quali sono le regole relative alle sentenze di* ESPEDIENTE, *e, particolarmente, possono esser impiegate mediante appello o per altri mezzi ammessi dalla legge contro le sentenze in generale?* (1) (*)

l'appellante non avrebbe dritto a ricorrere contra la sentenza interlocutoria.

» Dal perchè il giudice può pronunziare in definitivo, senza aver riguardo alla istruzione da lui ordinata, non si dee conchiudere, dice Duparc-Poullain. tom. 9, pag. 495, essere inutile e frustraneo l'appello da una sentenza interlocutoria; dappoichè qualonque sentenza d'istruzione che è irregolare, e che può occasionare delle spese senza necessità, cagiona un danno evidente all'una o all'altra delle parti, ed anche ad entrambe.

È questo un rimprovero che si potrebbe fare, forse con fondamento, ad una decisione della corte di Rennes del 23 gennaio 1813, nella causa tra Borgevin e le Noble.

Trattavasi di una servitù reclamata da le Noble so di un terreno appartenente a Burgevin. Il primo in sostegno del suo reclamo produceva alcune confessioni, ed il secondo sosteneva che queste confessioni non potevano essergli opposte, pel motivo che non vi era stata presa parte nè da lui nè da' suoi autori. Egli citava le autorità invocate da' censuari di Moolines, nella causa mentovata, alla nota pag. 211.

Per mezzo di conclusioni addizionali le Noble sostenne aver egli acquistata la servitù mercè prescriziona fondata su fatti di possesso di cui dimandava la pruova. Burgevin si opponeva a tale dimanda di pruova come *inammissibile*, attesochè l'art. 393 della nostra consuetudine di Brettagna escludeva qualonque servitù di pascolo e di transito su di un terreno aperto. — (*Vedi i Principi di Duparc, tom.* 3, *pag.* 296, *n.* 8, *cod. civ. art.* 691 † 616.)

Ciò non ostante il tribunale civile di Nantes, con sentenza del 7 marzo 1812, senza pronunziare sul merito delle confessioni, *e riserbando tutt' i dritti delle parti*, in somma, *senza nuocere e pregiudicare* ec: ordina l'esame, come quello che poteva somministrare le istruzioni necessarie alla decisione della causa. Appello da questa sentenza interlocutoria. L'intimato oppone un mezzo d'inammissibilità, fondato sul motivo che i primi giudici *nulla hanno anticipatamente giudicato*. La corte di Rennes decide in questi termini, e senza esprimere altri motivi: « Senza attenersi al mezzo d'inammissibi-
» lità, ed adottando i motivi de' primi giudici di-
» chiara che l'appellante non ha ricevuto alcun
» pregiudizio. »

In tal guisa, pronunziando sull'appello, essa riconosce che la sentenza era interlocutoria. Ma quali erano i motivi de' primi giudici adottati dalla corte? Essi consistevano unicamente nel perchè *l'esame sul possesso poteva somministrare utili schiarimenti.*

Or che importavano questi schiarimenti, se, come sosteneva Bourgevin, la servitù reclamata non avea potuto acquistarsi senza titolo? (*Cod. civ. art.* 691, e *Duparc, come sopra*). È chiaro che le confessioni non potendo essere opposte come tali, la pruova testimoniale del possesso non era ammissibile. L'appellante avea dunque evidentemente ragione di querelarsi della sentenza interlocutoria, sia secondo il primo passo di Duparc riferito di sopra, sia secondo quest' altro passo del medesimo autore nel tom. 9, pag. 497: a subitocchè un chiarimento ordinato diviene inutile, non vi è al-
» cuna ragione di rito che possa dar luogo ad ese-
» guirlo, *essendo lo spirito di tutte le leggi quello*
di escludere le istruzioni inutili; » sia finalmente secondo gli articoli 451 e 452 † 515 a 516, le cui disposizioni furono sanzionate secondo questo spirito.

Su quali motivi adonque, nello stato della causa, la corte potè so e la sentenza interlocutoria, malgrado l'evi di questi principi? Non potè essere che una cons razione fondata sulla massima, *il giudice non vien legato dalla sentenza interlocutoria*, da cui essa conchiuse che l'appellante non avea ricevuto pregiudizio, perchè *i primi giudici avevano riservato* i rispetti i *dritti alle parti.* Or noi crediamo aver dimostrato, nelle quistioni 1616 e 1617 e nella quistione 1630, che pronunziare in tal guisa vale lo stesso contraddire allo spirito ed al testo delle disposizioni degli art. 451 e 452.

Ciò posto, in qual modo il giudice dell'appello dovea decidere nella specie? Egli dovea, se non andiamo errati, rivocare la sentenza interlocutoria, come quella che ordinava una pruova inammissibile secondo la nostra antica legislazione municipale, o sostenerla dichiarando inapplicabile siffatta legislazione, ed in caso di rivocazione, la corte, uniformemente all'art. 473 † 537, avrebbe potuto pronunziare sul merito che era nello stato di essere giudicato, poichè trattavasi sol di decidere sul merito de' titoli, il che avea formato l'oggetto di una completa discussione tra le parti.

(1) Siccome la presente quistione non si riferisce ad alcun art. del codice, noi abbiam creduto doverla qui esporre sotto gli articoli 451 e 452 † 515 e 516, in cui si tratta delle eccezioni alle regole generali.

(*) Anticamente anche presso di noi vigeva il sistema di far sanzionare da' magistrati le transazioni di una lite con decisione che si chiamavano *exequatur conventio*; ma tali sentenze, chiamate in Francia *sentenze di espediente*, non possono oggidì più interporsi da' nostri magistrati, per la ragione che le attuali leggi di procedura non accordano loro un cotal dritto, ed anche perchè i notai sono i pubblici funzionari destinati esclusivamente alla stipula dei contratti. Epperò quanto il nostro A. dice a tal proposito non ci riguarda.

Anticamente chiamavasi *sentenze di espediente*(1) quella che pronunziavasi uniformemente al parere di un avvocato anziano al quale rimettevasi la decisione delle cause di poca importanza. (*Ordin. del* 1667, *tit.* 6, *art.* 4 e 5.) Ma cessò questa maniera di terminare una lite, siccome osserva Merlin nel nuovo Repertorio, alla parola *espediente*, cogli antichi tribunali la cui soppressione fu pronunziata dalla legge del 7 settembre 1790, nè è stata chiamata in vigore da veruna altra successiva disposizione.

Similmente chiamasi *sentenza di espediente* quella che era pronunziata col consenso delle parti le quali, rendendosi volontariamente giustizia sull' oggetto della loro controversia, stabilivano, di comune accordo, la parte dispositiva della sentenza che dovea terminarla.

Il codice di procedura nulla contiene assolutamente che possa risguardare siffatta specie particolare di sentenza, la quale purnondimeno sussiste, appunto perchè ninna disposizione fa supporre che il legislatore abbia inteso sopprimerla.

Son queste le regole che la giurisprudenza avea ritenute:

1. Le parti o i loro *procuratori speciali* doveano sottoscrivere l' accordo convenuto tra esse, altrimenti il giudice non poteva apporvi il suggello della sua autorità (2).

2. Sino a questa omologazione del giudice, le parti potevano ritrattarsi, perciocchè avviene per un contratto giudiziario come per tutti gli altri i quali han luogo dinanzi ad un uffiziale pubblico; dessi non sono obbligatori che dal momento in cui l' atto è stato perfezionato (3).

3. Per far ammettere l' espediente, i procuratori leggevano verbalmente all' udienza l' accordo sottoscritto dalle parti, il quale do-

(1) Da *expedire* spedire, cioè un accordo per la spedizione di una causa.

(2) Noi non crediamo essere necessario che l' accordo sia sottoscritto anticipatamente dalle parti; perchè il codice di procedura nulla avendo stabilito a tal riguardo, si dee procedere colle norme delle regole generali, secondo le quali sono sufficienti le conclusioni notificate e lette nell' udienza. Perciò i patrocinatori possono limitarsi ad inserire in un atto di conclusioni le condizioni dell' accordo sulle quali interviene la sentenza all' udienza; ma la circospezione comanda loro di munirsi di un mandato speciale, per prevenire la disapprovazione, uniformemente all' articolo 352 † 444: tale si è benanche il sistema che si suole adottare.

(3) Potrebbesi sostenere che gli articoli 1318 † 1272 del codice civile a 68 della legge del 25 ventoso anno 11 sulla organizzazione del notariato, hanno modificata questa regola nel caso in cui vi fosse stato un accordo sottoscritto anticipatamente dalle parti e rivestito inoltre di tutte le formalità richieste per la validità degli atti di privata scrittura. Allora in effetti, secondo questi articoli, sembra che l' atto, essendo perfetto mercè la sottoscrizione delle parti, obbliga costoro, e può quindi opporsi a quella che poi si mostra ricalcitrante all' emanazione della sentenza di *espediente* volontario, sia come acquiescenza, sia come rinunzia da sua parte. Il tribunale dovrebbe dunque pronunziare, se non quando gli si presenta l' accordo stabilito, almeno quando si decide la controversia in conseguenza della discussione giudiziaria. Ma Pigeau, tom. 1, pag. 461 e 462, rigetta questa opinione, distinguendo il caso previsto da' due art. su' quali noi ci appoggiamo, da quello in cui l' accordo è sottoscritto nella sola intenzione di venirsi ad una sentenza di espediente volontario per mezzo del tribunale.

» Il primo, egli dice, è quello in cui le parti, » avendo sottoscritto innanzi notaro, si riuniscono » presso questo uffiziale, persistendo nel di loro » atto e nella persuasione che il notaro lo sotto» scriverà. Se egli nol fa, la legge, considerando » che le parti hanno creduto e voluto essere vincola» te, e che hanno esse prese le misure corrispon» denti, decide che l' atto sarà valido, se è sotto» scritto da esse, a causa della opinione in cui sono » state, che l' atto era completo, e per non recar » un guasto ne' loro affari rovesciando le convenzio» ni da loro adottate in conseguenza di questa opi» nione. Ma nel secondo caso, val dire, allorchè » le parti non si sono ancora ritirate dalla casa del » notaro, e che questo ufficiale non ha ancora sotto» scritto, non essendo le parti nella opinione che » l' atto è perfetto, ma al contrario nella persuasio» ne che non lo sia, e non avendo adottata ancora al» cuna corrispondente misura a ragione dalle esisten» za di un vincolo non anco formato, bisogna decide» re che ciascuna di esse può ancora disdirsi, ed ap» plicando questi principj *alla sentenza di expedit*, » si dee ritenere che sino a tanto che questa non è » ancora adottata dal giudice, ciascuna delle parti » può rivocarla ed opporsi che sia ricevuta. »

Quindi l' opinione di Pigeau, in sostegno dell' antica regola, è fondata sul motivo che le parti non avendo idea di transigere se non se innanzi al tribunale, l' accordo sottoscritto da esse o da' loro patrocinatori, non è una convenzione perfetta, finchè il tribunale non vi ha apposta la sua autorità: sino a tal punto, secondo lui, l' accordo non è che un semplice progetto e cui ciascuna parte può rinunziare malgrado dell' altra.

*

veasi da' medesimi communicare al pubblico ministero, qualora vi fosse stato interessato — (*Ordinanza del* 15 *marzo* 1673, *e di ottobre*, 1535) (1).

Quindi ancor oggidì, siccome anticamente, dovrebbesi considerare la transazione fatta nella forma di sentenza di *espediente* come rivocabile sino a che questa sentenza non sia stata ricevuta dal giudice.

Noi rispondiamo che quest' opinione sarebbe fondata sol quando fosse certo che la firma del notaro è assolutamente necessaria per formare l' obbligazione delle parti, Or gli art. precedentemente citati ci sembrano esprimere il contrario, perciocchè amendue dichiarano che l' atto nullo per competenza, incapacità o mancanza di sottoscrizione del notaro, o per vizio di forma, è valido come scrittura privata se è corredato delle firme di tutte le parti contraenti. Essi non fanno alcuna distinzione intorno al caso particolare supposto da Pigeau, che le parti si ritirino prima che il notaro abbia apposta la sua firma; epperò le loro disposizioni risguardano tutti i casi. Laonde la sottoscrizione delle parti è quella che forma il vincolo obbligatorio tra esse, e che rende perfetto il contratto, essendo quella del notaro richiesta soltanto per dargli il carattere di autenticità, non per formare la convenzione, la quale deriva unicamente dalla volontà delle parti attestata dalla loro sottoscrizione. — (*Vedi Toullier*, *tom.* 8, *pag.* 134 e 135.)

Ma, si dirà, *le parti contraevano nella intenzione di avere un atto autentico*, essendosi *dunque ingannate nella loro aspettativa, l' atto non può valere come scrittura privata.*

Il testo della legge risponde sufficientemente a questa obbiezione, la quale sussiste risguardo a' soli atti che debbono essere stipulati innanzi notaro. Di fatti, in questo caso, noi pensiamo, come pensa Delvincourt, nel tomo 2, alle note, pag. 382 che l' atto nullo come autentico può essere utile pe' soli atti i quali possono essere fatti con privata scrittura, che per conseguenza, se trattasi di un atto di *donazione*, *d' ipoteca*, o di un *contratto di matrimonio*, esso sarà interamente nullo.

S' insisterà forse, dicendo: L'espediente ammesso dal tribunale è *una sentenza* che conferisce *ipoteca, e l' accordo non è stato scritto che o questo effetto; dunque sino a tanto che l' espediente non sarà ricevuto, l' accordo sottoscritto dalle parti non è che un progetto*; dunque sino a quel punto, *esso non obbliga le parti nè può essere loro opposto?*

Noi osserviamo sulle prime, che questa nuova obbiezione avrebbe qualche peso, ma pel solo caso in cui il dritto d' ipoteca fosse applicabile all' oggetto della lite. Ma in questo caso medesimo, ciò che sarebbe vero riguardo ad un' atto notariale, non lo è rispetto ad un' *espediente* volontario. In effetti, la parte la quale nega di far convertire in sentenza dal tribunale *l' espediente* ch' essa ha sottoscritto, non ha in detto accordo conferito alcuna ipoteca, come l' avrebbe fatto nell' atto che dovea essere stipulato dal notaio: l' ipoteca risulterebbe dalla *sentenza di espediente* e non dall' *accordo*, e per conseguenza l' accordo vale come ricognizione fatta in atto privato sulla pretensioni del suo avversario, poichè non vi è quistione d' ipoteca. Perciò l' accordo sussiste, come sussisterebbe, in *qualità di atto privato*, qualunque atto il quale, non costituendo ipoteca, sarebbe nullo come atto autentico.

Se dunque la parte rifiuta di riconoscere *l' espediente* convenuto con questo atto, il tribunale in verità non pronunzierà nella forma di sentenza di *espediente*, ma dovrà pronunziare in contraddizione delle parti sulla loro pretensioni rispettive, però quella tra esse che avrà interesse a prevalersi della convenzioni, le quali dovevano formare l' oggetto dell' *espediente* progettato, potrà opporre queste convenzioni, sia come acquiescenza alla sua dimanda, sia come ricognizione da parte del suo avversario, del poco fondamento delle pretenzioni di quest' ultimo.

Nè può opporsi, in questo caso, che una rinunzia debb' essere accettata per vincolare le parti, perchè l' accordo essendo stato fatto dall' una e dall' altra, questo vincolo è stato completamente costituito.

Supponiamo ora che l' accordo sottoscritto per essere convertito in sentenza di *espediente* contenga costituzione *d' ipoteca speciale*: la soluzione sarà la stessa. In questo caso la parte che avrà concedata l' ipoteca, non sarà mai quella che si rifiuterà all' espediente cui l' accordo avrà dato luogo, a meno che l' altra non vi si opponga. Ma pure in quest' ultima ipotesi noi diciamo di potersi opporre l' accordo come mezzo d' inammissibilità, ma non già nel senso di aversi dritto a pretendere che il tribunale debba pronunziare che la costituzione avrà il suo effetto in conseguenza della convenzione (poichè essa è nulla, non potendo l' ipoteca risultare che da un atto autentico), ma bensì nel senso che l' accordo comprende un consenso scritto, una ricognizione in favore della pretensioni dell' altra parte. Anche in questo caso il tribunale non pronunzierà in forma di sentenza di espediente, ma come nella prima specie da noi stabilita, giudicherà dopo la difesa in contraddittorio, e potrà prendere in considerazione quello che l' accordo conterrà di consensi e di ricognizioni della parte la quale non avrà persistito ad ammettere l' espediente. In somma per tutti questi casi sarà lo stesso che pe' casi de' consensi e delle ricognizioni stabilite nelle conclusioni delle parti, o espresse in pubblica discussione, ed a cui il giudice debbe aver riguardo, salvo l' azione per disapprovare l' operato del patrocinatore.

Questa nota sembrerà troppo lunga, ma la quistione esigeva tanto più profondo esame, in quanto che, oltre l' importanza del suo oggetto, noi avevamo contro la nostra opinione l' imponente autorità di Pigeau.

(1) Secondo ciò che abbiam detto sulla seconda regola, basta leggere le conclusioni all' udienza.

4. Mancando una delle parti di comparire nel giorno fissato per l' udienza, non era questo un motivo per rigettar l'espediente, allorchè era stato sottoscritto da essa, e quando non esisteva alcuna prova di rinunzia (1).

5. Il giudice non poteva negarsi a riceverlo se non quando si accorgeva che una delle parti non avea la capacità necessaria per sottoscrivere siffatta specie d' impegno, val dire, quella di transigere (*ved. il nuovo Repertorio alla parola sentenza* §. 1, *e sopra n.* 1452, *e* 1584, 2. *regola*, e quando riconosceva essevi nelle condizioni qualche cosa contraria all' ordine pubblico, al buon costume, o allo interesse del terzo (2).

6. Finalmente, la parte la quale, dopo di aver sottoscritto l'espediente, opponevasi affinchè il giudice non lo avesse ricevuto, veniva condannata alle spese, qualora si fosse trovato giusto nel diffinitivo (3).

Siffatte regole dell' antica giurisprudenza non ci sembrano doversi seguire che con le modificazioni risultanti dalle osservazioni fatte alle note su ciascuna di esse.

Restaci ad esaminare l' importante quistione, cioè, se le sentenze pronunziate sull' espediente sieno impugnabili con i mezzi ammessi contro ogni altra sentenza.

Secondo Merlin, in una requisitoria inserita nel nuovo Repertorio, alla parola *convenzioni matrimoniali*, edizione 3, tom. 3, pag. 208, non vi sarebbe necessità di gravarsi con questi mezzi contro le sentenze in esame, ma potrebbero impugnarsi con i medesimi mezzi con cui attaccherebbesi la convenzione sulla quale venero pronunziate, val dire con una semplice dimanda di nullità.

La ragione da questo giureconsulto esposta si è, che le sentenze sull'espediente non potrebbero sanare la nullità delle convenzioni alle quali si riferiscono, dappoichè le medesime non essendo altro che sentenze convenzionali, contraggono tutt'i vizi delle suddette convenzioni.

L' autorità del tribunale, egli dice, secondo una requisitoria del pubblico ministero all' udienza del Parlamento di Aix, *l' autorità del tribunale che si fa intervenire* in siffatte convenzioni, *le rende coattive ed eseguibili*, ma non ne distrugge l' origine; *e ciò desumiamo* da Bellas ne' suoi consulti, e d' Argentrè sull' art. 265 dell' antica consuetudine di Brettagna, cap. 3, n. 28.

Egli cita in seguito un arresto della corte di cassazione del 2 nevoso, anno 9, il quale dichiara che la corte di Caen avea potuto, senza contravvenire all' autorità della cosa giudicata, confermare l' annullamento di una sentenza di espediente, quantunque non fosse stata impugnata con i mezzi legali. In effetti, leggesi nelle considerazioni di questo arresto, che » siffatta sentenza pronunziata da un tri» bunale di commercio, non avea fatto che » ordinare la esecuzione di un atto di cau» zione convenuto tra le parti; che questa sen» tenza, *puramente di forma*, non racchiudeva » affatto una disposizione giudiziaria; che la » esecuzione da essa ordinata era stata essen» zialmente subordinata alla validità dell' atto » al quale riferivasi, e su di cui non eravi » stata opposizione dinanzi il tribunale, che » questo atto di cauzione essendo stato impu» gnato innanzi i tribunali ordinari col bene» ficio della restituzione in intero, ed annul» lato dagli stessi tribunali dietro queste ecce» zioni, le sentenze di annullamento eransi » pronunziate su di una controversia non agi» tata nel tribunale di commercio, e che da » quel momento siffatte sentenze non avean » potuto esser in contraddizione coll' autorità » della cosa giudicata «.

Da un' altra parte Desessart, autore dell' articolo *Espediente*, al nuovo Repertorio, dice che generalmente le sentenze di espediente hanno la stessa autorità delle altre, e possono esser impugnate con gli stessi mezzi.

(1) Poichè bastano le semplici conclusioni di patrocinatore senz'atto precedente sottoscritto dalle parti, ne segue che non può riceversi un espediente dietro la contumacia di una di esse; ma se si fossero notificate in suo nome conclusioni contenenti l' espediente, il tribunale pronunziando sulla controversia avrebbe riguardo all' acquiescenza in esse contenuta, ed in conseguenza profferirebbe una sentenza contumaciale.

(2) Bisogna seguire questa regola, poichè essa è uniforme ai principi i quali non autorizzano i giudici ad ammettere pretensioni contrarie all' ordine pubblico ed ai buoni costumi, nè a recar pregiudizio ad un terzo che non è in causa.

(3) Il pagamento delle spese è ordinariamente l' oggetto di una delle condizioni dell' espediente, e ciò perchè solo allora può accadere che il tribunale abbia da pronunziare una condanna alle spese non convenuta anticipatamente, quando, non potendo l' espediente riceversi, vi fosse luogo a pronunziare sentenza come se mai si fosse trattato di espediente.

Gli editori del nuovo Denisart (*alla stessa parola*) emettono la medesima opinione, osservando sempre che queste sentenze essendo vere transazioni, non possono impugnarsi se non quando racchiudessero vizi capaci di far annullare una transazione (1).

Finalmente la corte di Parigi, con due decisioni, l' una del 16 giugno 1813, l' altra del 15 marzo 1811 (*Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 180, *e* 364), ritenne siffatta dottrina, che la corte di Torino avea rigettata con decisione del 15 febbraio 1810 (*ibid. pag.* 101), 1. attesochè è un principio ricavato dalle leggi » sulla procedura, che ogni sentenza è suscettibile di appello, allorchè non è semplicemente preparatoria, e vien pronunziata su di una lite il cui oggetto eccede la » somma o il valore di 1000 franchi; 2. attesochè è massima che una sentenza, quantunque pronunziata di accordo fra le parti » litiganti, è sempre una sentenza, ed in conseguenza soggetta all' appello ».

Ma quest' ultima decisione fu annullata li 14 luglio 1813 (*Sirey*, *tom.* 14 *pag.* 224), applicando gli art. 1350 e 1352, + 1304, 1305 e 1306 del codice civile, attesochè in dritto; le sentenze alle quali si è prestato acquiescenza, acquistano l' autorità della cosa giudicata, e non possono legalmente esser impugnate col mezzo dell' appello. Or quando pronunziasi una sentenza dietro il consenso di una parte, uniformemente alle conclusioni firmate da essa, e reiterate all' udienza, avvi a suo riguardo acquiescenza alla stessa.

Adunque puossi ritenere come certo, non ostante il parere dei citati scrittori, che le sentenze di espediente non sono affatto, o almeno in questo caso, soggette ad esser impugnate col mezzo dell' appello, dottrina che d' altronde non è stata contraddetta da veruno scrittore.

Ma ne conseguirà forse che in niun modo si possono impugnare siffatte sentenze, anche nel caso in cui fossero il risultamento del dolo e dell' errore? Ed or cade in acconcio esaminare il sistema stabilito da Merlin in favore dell' azione principale per nullità, come pure l'arresto della corte di cassazione da lui citato.

E sulle prime noi non crediamo che siffatto sistema, il quale d' altronde non ha per appoggio nella giurisprudenza attuale che una decisione anteriore alla pubblicazione del codice di procedura, possa esser adottato sotto l' impero di questo codice.

Da una parte poi, sarebbe difficile provare che siasi ammessa nell' antica giurisprudenza quest'azione di nullità, di cui non parla veruno scrittore; dall' altra, il codice di procedura non ammette alcuna differenza tra le sentenze di espediente e le altre; siffatte sentenze pronunziano a norma del consenso delle parti sulle controversie, e condannano quella che abbia acconsentito alle conclusioni dell' altra; epperò esse non costituiscono, sotto il rapporto de' mezzi d' impugnarle, una categoria separata; e poichè è ben sicuro che un tribunale, fuori il caso del ricorso per ritrattazione, non può rivocare la decisione da esso pronunziata, nè quella profferita da un'altro tribunale di egual grado di giurisdizione, non puossi ammettere che le parti formassero l'azion principale per nullità, essendo loro concesso soltanto di gravarsi con i mezzi indicati dalle leggi contro le sentenze.

Che se il mezzo dell'appello è vietato, non lo è perchè trattasi, propriamente parlando, di una sentenza di espediente; ma soltanto perchè l' appello da ogni sentenza alla quale si è prestata acquiescenza, non è ammissibile, e perchè la legge non fa alcuna distinzione tra l'acquiscenza data prima o dopo la pronunziazione.

Non accade qui come ne' casi in cui le parti si rimettono alla prudenza del giudice, siccome dicemmo nella nota 3, a pag. 192 di questo volume. In siffatta circostanza, la parte ignorando ciocchè il giudice deciderà, presumesi aver supposto che la sua decisione le sarà favorevole; nel mentre che nella nostra specie è dessa medesima la quale anticipatamente ha prestata *acquiescenza* alla dispositiva della sentenza da lei sottoscritta.

Non perdiamo di vista questa osservazione, che, se l' appello non è ammissibile, ciò non è che in conseguenza del mezzo d' inamissibilità risultante dall' acquiescenza eventuale. Or, l' acquiescenza, siccome abbiam detto di sopra a pag. 192, cessa di produrre il suo effetto, allorchè è la conseguenza dell' errore, della frode o della violenza: quindi l' appello deb-

(1) In verità, essi fanno osservare che nel parlamento di Aix si ammetteva soltanto *il ricorso per ritrattazione di sentenza*; ma questa osservazione ha sol per oggetto di far conoscere un' eccezione che in quella giurisdizione si ammetteva alla regola generale.

b'esser ammesso ogni qual volta fosse fondato su questa causa, val dire, allorchè l'accordo ritenuto dalla sentenza è macchiato da siffatti vizi.

In conseguenza di questa discussione, il ricorso per ritrattazione egualmente compete contro la sentenza, se la materia fosse sottoposta all' ultimo grado di giurisdizione: e qualora l'espediente recasse pregiudizio ad un terzo, costui potrebbe produrre l'opposizione del terzo.

ART. 453 † 517. *Sono sottoposte ad appello quelle sentenze, che sebbene qualificate per inappellabili, sono però state pronunziate dai giudici che non potevano profferire che in prima istanza.*

Le sentenze pronunziate nelle cause il di cui giudizio inappellabile appartiene a' primi giudici, non sono suscettibili di appello, quantunque si fosse omesso di qualificarsi per inappellabili.

Ved. per le sentenze degli arbitri l'art. 1028.

CCCLXXVI. La competenza de' giudici è di dritto pubblico [a]; nè ad essi è lecito di restringerla o di estenderla: d'onde segue che la falsa enunciazione in una sentenza di esser appellabile o inappellabile, non può, nè sottrarla dall'appello, nè sottoporvela. Nondimeno, pria della pubblicazione del codice, eravi stata qualche variazione nella giurisprudenza, onde conoscersi, se doveasi ricorrere in cassazione, o interporsi appello, allorchè una sentenza qualificata come inappellabile era stata renduta da quei giudici i quali non potevano pronunziare che in prima istanza, ovvero allorchè una sentenza qualificata come appellabile, o non essendo affatto qualificata, avea per oggetto una contestazione sulla quale il tribunale era competente a giudicare inappellabilmente. Ma questi errori nel qualificare il grado di giurisdizione non potrebbero considerarsi come un' abuso di potere. Essi non debbono esser di ostacolo al dritto di appellare, se la sentenza fu male a proposito qualificata per inappellabile; come pure non debbone concedere un tal dritto, se la sentenza qualificata come appellabile, o non qualificata sia stata pronunziata da un tribunale, il cui dovere era quello di giudicare inappellabilmente. Tali sono i motivi su'quali è fondato l' art. 453, il quale colle sue precise disposizioni ha fatto cessare le incertezze esistenti nello antico stato della giurisprudenza.

1632. *Vi ha forse de' casi, ne' quali il codice di procedura abbia permesso l' appello, quantunque l'oggetto controvertito fosse nella classe di quelli da giudicarsi inappellabilmente?*

Che si, per esempio, quando siasi deciso sul merito di una istanza perenta (*ved. l' art.* 15 † *T.*); in materia di ricusa (*ved. l' art.* 391 † 484) e finalmente allorchè trattasi d'incompetenza, ammettendosi però la nostra opinione sulla quistione 1634.

1633. *Ma possonsi estendere queste eccezioni ad altri casi, e segnatamente a quello in cui fosse stato pronunziato l' arresto personale?*

La corte di appello di Roma giudicò che in quest' ultimo caso la sentenza non era soggetta al ricorso in cassazione (*vedi la decisione del* 20 *novembre* 1809, *Denevers* 1811, *supp. alla pag.* 220), pronunziando che l'appello da una sentenza del tribunale di commercio la quale profferiva condanna ad una somma di 200 franchi, e qualificata in ultimo grado di giurisdizione, era inammissibile, quantunque riguardasse soltanto l' arresto personale. Essa considerò che siffatto arresto personale non era che un mezzo di esecuzione, un semplice accessorio alla condanna principale, e dovea seguirne la sorte seconda la massima, *accessorii idem est judicium quod principalis.* Denevers, nel luogo sopra citato, pag. 99, asserisce che la corte suprema anticipatamente giudicò nello stesso senso la proposta quistione, con arresto del 5 novembre 1811 (*Sirey tom.* 12, *pag.* 18), annullando una sentenza, renduta in primo ed ultimo grado di giurisdizione, la quale avea pronunziata l'arresto personale contro un semplice particolare che avea sottoscritto un biglietto ad ordine. In effetti il ricorso non sarebbe stato ricevuto, se la sentenza fosse stata suscettibile di appello. Nulladimeno dobbiam dire che la corte di Torino si pronunziò in un senso opposto, con decisione del 3 dicembre 1810 (*Sirey, tom.* 11, *pag.* 173), attesocchè la sentenza, relativamente all' arresto personale, pronunziò sulla libertà individuale, ed in con-

[(a) Tal che essi debbono dichiarar di ufficio inammissibile l' appello da una sentenza pronunziata sopra una dimanda minore di mille franchi. (*Ann. di Laporte, anno* 1824, *vol.* 1. *pag.* 363.)]

seguenza su di un oggetto inapprezzabile. Tal è benanche la nostra opinione. [*b*]

1634. *Il consenso di una delle parti per esser giudicata inappellabilmente, allorchè la legge non attribuisce tal potere al tribunale, basta forse perchè non possa la detta parte appellarsi da siffatta sentenza?*

Non v'ha dubbio che il consenso soltanto di una delle parti non è sufficiente per conferire al tribunale il dritto di pronunziare in ultimo grado di giurisdizione. (*Ved. l' arresto della corte di cassazione del* 1 *nevoso, anno* 10, *giornale del Palazzo*, 1 *sem. anno* 10, *pag.* 369).

Ma non sembra forse risultare da siffatta decisione che il consenso di tutte le parti basta per autorizzare un tribunale a giudicarle in ultima istanza, su di una materia nella quale la sua competenza sarebbe soltanto in primo grado di giurisdizione? Tal'è la nostra opinione, fondata, primamente, sull' art. 6 del tit. 4 delle legge del 24 agosto 1790, relativa alla competenza, e che conseguentemente non può considerarsi come abrogata dal silenzio del codice di procedura, il quale, come diceva il consigliere di stato Treilhard (*ved. ediz. di Didot. pag.*4) non ha affatto avuto per oggetto di regolare la competenza; in secondo luogo sull'art. 639, §. 2 del codice di commercio.— (*Ved. l' arresto della corte di cassazione del* 5 *novembre* 1811; *il comment degli Annali del notariato, tom.* 3, *pag.* 23., *la decisione della corte di Brusselles del* 16 *luglio dello stesso anno; Denevers* 1811, *supplemento*, *pag.* 11, *ed il nostro Trattato di organizzazione e di competenza*, *lib.* 2, *tit.* 4.)

ART. 154 + 518. *Se trattasi di competenza, le sentenze sono suscettibili di appello, quantunque fossero state qualificate per inappellabili.*

Ved. gli art. 16, 163, 376, 325, e 437.

CCCLXXVII. La disposizione di quest'articolo è benanche una conseguenza del principio enunciato nel commentario del precedente, cioè che la competenza è di dritto pubblico: d'onde consegue che allorquando trattasi del potere del giudice, deve ammettersi l' appello in qualunque modo sia stata qualificata la sentenza, imperocchè, diversamente, dipenderebbe da lui privare le parti di un tal gravame, qualificando la sua sentenza come in ultima istanza. Quindi è che secondo l' art. 77 delle legge del 27 ventoso, anno 8, quantunque non siavi luogo a ricorso per cassazione contro le sentenze inappellabili de' giudici di pace, esse perdono questa qualità d' inappellabili trattandosi d' incompetenza e di eccesso di potere; tutto ciò è fondato sul ricevuto adagio, *non est major defectus, quom defectus potestatis.* — (*Rapp. al corpo legislativo, e vedi il nostro Trattato delle leggi di organizzazione e di competenza*, *lib.* 3, *tit.* 3, *sezione* 1.)

1635. *È ammissibile l' appello in materia di competenza, anche quando la stessa non sia sususcettibile a ricevere nel merito se non una sentenza in ultimo grado di giurisdizione?*

Attenendosi rigorosamente alle espressioni dell' art. 454, potrebbe credersi non aver inteso il legislatore pronunziare, che in ogni materia l' appello per ragion di competenza sia ammissibile. Soltanto pare di aver detto, che la *qualificazione* in ultimo grado di giurisdizione, non impedisca ammettersi l' appello dalle sentenze per causa di competenza; ed in siffatto modo appunto venne da Pigeau spiegato questo stesso articolo, tom. 1, pag. 133, 494, e 556. Non pertanto, se paragonansi le disposizioni dell' articolo in esame con quelle dell' articolo precedente, si conoscerà che il legislatore ha voluto, allorquando trattasi di competenza, che l' appello fosse ammissibile, qualunque siasi nel merito il valore della contestazione.

In effetto l' art. 553 dispone generalmente, che la qualificazione in ultimo grado di giurisdizione, data ad una sentenza, non impedisce che non possa gravarsi contro la stessa mercè l' appello, quando il valore sul quale va pronunziata eccede la competenza per decidere inappellabilmente. Conseguita da ciò, come osserva Denevers, 1808, suppl. pag. 179, che l' art. 454 sarebbe inutile e senza oggetto, se non andasse inteso nel senso che l' appello per ragion di competenza è ammissibile, quantunque il valore della causa nel merito fosse ne' limiti dell' ultimo grado di giurisdizione (1)

[(b) La corte di Liegi adottò una opinione contraria: secondo il suo avviso l' arresto personale non è che un mezzo di esecuzione, un semplice accessorio alla condanna principale, e non può per conseguenza dar luogo all' appello. (*Decisione del* 29 *nov.* 1811 e 28 *luglio* 1823; *Ann. di Laporte, anno* 1822. *vol.* 1. *pag.* 428, *e anno* 1823, *vol.* 2, *pag.* 426].

(1) Noi ci limitiamo a questa sola osservazio-

1636. *La soluzione data ora alla precedente quistione applicasi forse alle sentenze rendute da' tribunali di commercio e dalle giustizie di pace, del pari che a quelle pronunziate da' tribunali civili?*

La disposizione dell' art. 425 † 631 contiene in se stessa, indipendentemente dall' art. 454, la soluzione affermativa di tale quistione relativamente a' tribunali di commercio; ed in tal modo benanche fu pronunziato dalla corte di Liegi in una decisione del 22 aprile 1809.—(*Sirey*, *tom.* 12, *pag.* 339.)

Ma dubitavasi potersi così decidere in risguardo alle sentenze pronunziate dalle giustizie di pace, attesochè, dicesi, la disposizione dell' art. 454 applicavasi soltanto a' tribunali civili; essendo la forma di procedere dinanzi la giustizia di pace regolata da un libro speciale, che non contiene alcuna disposizione simile a quella dell' art. 454.

La corte di cassazione, coi due arresti citati sulla precedente quistione, rigettò siffatto mezzo, dichiarando esser generale la disposizione dell' art. 454; che trovandosi nel titolo unico dell'appello e della istruzione sull' appello, essa regola gli appelli dalle sentenze delle giustizie di pace del pari che quelle de' tribunali inferiori; e finalmente la stessa non è contraddetta da alcun' altra disposizione de' differenti titoli del lib. 1. concernente la istruzione innanzi alle giustizie di pace. — (*Vedi segnatamente l' arresto della corte di cassazione del* 22 *aprile* 1811, *Sirey*, *tom.* 11, *pag.* 162.)

ART. 455 † 519. ***Non si ammette appello dalle sentenze suscettive di opposizione finchè dura il termine assegnato per questo*** (1).

C. di P, art. 20, 156 e seg. 440, 809.

CCCLXXVIII. L'ordinanza del 1667 accordava il dritto di opporsi, nel termine degli otto giorni, alle sentenze contumaciali, solamente nel caso in cui la parte condannata in ultima istanza non avea più il rimedio dell' appello. Ma la consuetudine della maggior parte de' tribunali di Francia avea esteso benanche alle sentenze suscettibili di appello la facoltà di opporvisi. Opinavasi giustamente essere più utile alle due parti d' istruire la loro causa dinanzi i primi giudici, e poter in seguito avvalersi del mezzo dell' appello; ma il più delle volte, ed anche pria che fosse spirato il termine della opposizione, interponevasi appello, sotto pretesto di uscire più prontamente da impaccio, o per sottrarsi a talune perenzioni.

Siffatto dritto di opposizione accordasi dalla legge come il mezzo da impiegarsi, e non perchè abbiasi la scelta di servirsi di simile mezzo o d' interporre appello. Se il termine per opporsi è spirato, la legge presume che la parte condannata non fu nel caso o in tempo di produrre i suoi mezzi di opposizione, e le riserba ancora il rimedio dell' appello.— (*Esposizione de' motivi.*)

1637. *La disposizione dell' art.* 455 *applicasi forse alle sentenze contumaciali rendute da' tribunali di commercio?*

Puossi, dicemmo su questa quistione, al n. 1422 della nostra Analisi, applicare quanto la corte di cassazione decise sulla quistione 1491, che ora forma la precedente, sotto il n. 1636, ed in questo senso benanche fu risoluta da più arresti di corti supreme; soluzione d'altronde che a noi sembrò una conseguenza della disposizione dell' art. 645 † 655 del codice di commercio, con cui alle sentenze contumaciali de' tribunali di commercio vengono applicati gli art. 156 † 250, 158 † 252, e 159 † 253 del codice di procedura.—(*Colmar*, 31 *dicembre* 1808; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 341; *Parigi*, 18 *maggio* 1809; *Limoges*, 15 *novembre* 1810; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 388.)

ne, consigliando però di leggere su tale qoistione l' esame molto più profondo fatto da Denevers. Del resto, la soluzione che noi ne diamo, è uniforme al sentimento di qoasi tutti gli scrittori ed a molte decisioni, due delle quali pronunziate dalla corte di cassazione. — (*Vedi Delaporte*, *tom.* 2, *pag.* 15; *il Pratico*, *tom.* 3, *pag.* 95; *Hautefeuille*, *pag.* 256; *il discorso del tribuno Albisson*, *ediz. di Didot*, *pag.* 166; *Decisioni delle corti di Treveri*, *di Brusselles*, *di Colmar*; *finalmente le decisioni della corte di cassazione del* 22 *aprile* 1811, *Sirey*, *tom.* 11. *pag.* 162, *e* 24 *ottobre* 1811; *Denevers* 1811, *pag.* 509.)

(1) GIURISPRUDENZA.

Allorchè furono pronunziate sentenze contumaciali, avverso le quali siensi prodotte opposizioni nel termine legale, non è necessario interporre appello da esse nello stesso tempo che dalla sentenza diffinitiva, purchè l' appello di questa sia ammissibile; attesochè l' opposizione fatta alla sentenza contumaciale rimette le parti nel medesimo stato in cui erano prima del giudizio; in conseguenza le condanne ivi enonciate si hanno come se non fossero avvenute, il che renderebbe frustraneo l' appello interposto. — (*Rennes*, 31 *agosto* 1810.)

Ma con arresto della corte di cassazione del 21 giugno 1816 (*Sirey*, *tom.* 16, *pag.* 409), venne formalmente deciso il contrario, attesochè niuna disposizione de' due titoli del codice di commercio, i quali regolano la forma di procedere nella giurisdizione commerciale, sottopone la sentenza in esame all'applicazione dell' art. 455; e che all' opposto, l' art. 645 del codice di commercio formalmente esclude siffatta applicazione, perciocchè dichiara che l' appello può prodursi nel giorno stesso che si emana la sentenza [a]

1638. *La sentenza contumaciale pronunziata da un tribunale di commercio contro di una parte la quale non ha costituito procuratore, è forse suscettiva di appello, se non fu eseguita nel corso del termine per produrre opposizione sino alla sua esecuzione, conformemente all' art.* 158 + 252, *allorchè non vi sia stata costituzione di patrocinatore?*

La corte di Torino, con decisione del 25 settembre 1811, diggià citata sulla quist. 1546, si pronunziò negativamente sulla presente. Comprendesi esser noi inclinati a dare la stessa soluzione, perciocchè abbiam detto su tale quistione, che la costituzione o la non costituzione di un mandatario non dovea essere di alcuna considerazione, e che qualunque sentenza contumaciale, renduta da un tribunale di commercio, presumevasi pronunziata contro la parte, a meno che non vi fosse anteriore comparsa della medesima.

Ma la corte di Torino nella sua decisione ha supposto, che nel caso di costituzione del mandatario, debbano applicarsi alla sentenza contumaciale le regole concernenti quella pronunziata contro del patrocinatore; epperò trovasi in opposizione colla opinione da noi manifestata sulla citata quistione. Ciò non ostante, noi perduriamo nel nostro avviso sino a che la corte suprema non abbia distrutto i dubbî che può far nascere la decisione della corte di Torino.

1939. *Puossi interporre appello durante il termine per la opposizione, se pretendesi che la sentenza sia stata pronunziata incompetentemente?*

No, perciocchè la disposizione dell' art. 455 è generale; epperò la eccezione d' incompetenza che vorrebbesi opporre, non è una ragione sufficiente per impedire i primi giudici dal prender cognizione de' mezzi di opposizione che pretenderebbesi far valere contro la sentenza contumaciale. In effetti i tribunali inferiori sono i primi giudici della loro competenza, come di tutte le altre quistioni inerenti alle cause portate innanzi ad essi. — (*Vedi la decisione della corte di Parigi del* 16 *novembre* 1810; *il commentario inserito negli Annali del notariato*, *tom* 3, *pag.* 105; *ed il nostro Trattato delle leggi di organizzazione e di competenza*, *lib.* 2, *tit.* 3.)

1640. *L' appello da una sentenza contumaciale interposto durante il termine per la opposizione è forse ammissibile, allorchè questa sentenza è stata pronunziata in conseguenza di una sentenza renduta in contraddizione sulla competenza o su qualunque altra eccezione?*

Con decisione del 14 luglio 1808 (*vedi Sirey tom.* 15, *pag.* 11) la corte di Rouen risolvette siffatta quistione per l' affermativa, relativamente ad una sentenza renduta da un tribunale di commercio.

I motivi di questa decisione sono, che l'appello dalla sentenza renduta in contraddizione, con cui erasi pronunziato sulla eccezione d'incompetenza, avrebbe potuto, a' termini dell' art. 645 + 655 del codice di commercio, esser interposto lo stesso giorno della sua emanazione, e tanto più ne' tre giorni dalla notificazione, siccome era avvenuto nella specie; che la corte, tostochè poteva validamente conoscere della quistione di competenza riguardo alla sentenza pronunziata in contraddizione, poteva per conseguenza del pari conoscere della quistione del merito, decisa colla sentenza contumaciale, poichè l' appello dalla prima sentenza, in caso che fosse stato dichiarato ben fondato, avrebbe reso l' ultima sentenza nulla e senza effetto; che per conseguenza, dalla circostanza di esser l' appello regolare in riguardo alla sentenza profferita in contraddizione, risultava che dovea esser ammesso relativamente alla sentenza contumaciale.

Con altra decisione del 1. fruttidoro dell' anno 11, riportata nella Giurisprudenza delle corti supreme, al tom. 1. pag. 232, la stessa corte avea deciso che l' appello da una prima sentenza importando necessariamente ed implicitamente quello avverso le sentenze susseguen-

[(a) Le corti di Brusselles e di Liegi han seguita la stessa dottrina. (*Brusselles*, 27 *luglio* 1824; *Liegi*, 24 *dicemb.* 1822, *Ann. di Laporte*, *anno* 1824, *vol.* 2, *pag.* 373, e 1823, *vol.* 1, *pag.* 230).]

ti, potevasi, mentre durava il termine per opporre, appellare da una sentenza la quale, dopo di aver rigettato in contraddizione delle parti un mezzo d' inammissibilità, avea pronunziata immediatamente sul merito.

Potrebbesi opporre a quanto fu stabilito da queste due decisioni, l' ultima del e quali non fu renduta sotto l' impero del codice, che l'art. 455 non fa alcuna distinzione, e che l' appello non essendo il mezzo ordinario per ottenere la rivocazione delle sentenze contumaciali, non potrebbesi dar dritto a produrlo, finchè non fossero trascorsi i termini ad opporre; che perciò potrassi ben appellare da una sentenza profferita in contraddizione; ma riguardo alla sentenza contumaciale, dovrassi o impugnarla con la opposizione, o lasciar decorrere il termine concesso per produrre siffatto reclamo.

Questa obiezione non è sprovveduta di qualche apparenza di fondamento, tanto più che è sempre difficile far ammettere una eccezione alla regola generale, come è quella dell' art. 455.

Ma si considera indubitatamente che la eccezione ritenuta dalle decisioni pocanzi citate, deriva immediatamente dalla natura delle cose: dessa è relativa ad un caso particolare, val dire che un tribunale avendo rigettata una declinatoria di foro, o qualsiasi altra eccezione, e profferita una sentenza contumaciale, la parte contro la quale vien pronunziata siffatta sentenza, non potrebbe opporvisi, senza riconoscere la competenza ch' essa avea impugnata, o la mancanza del fondamento della nullità che avea opposta. D' altronde la nullità di una sentenza pronunziata in seguito del rigettamento di una eccezione qualunque, risulta necessariamente dalla decisione in grado di appello, la quale pronunzierebbe che questa eccezione era ammissibile. E per qual motivo si supporrebbe in questo caso la necessità di una sentenza contumaciale che, dietro la decisione di un giudice superiore, non potrebbe considerarsi che come non avvenuta? Sarebbe lo stesse che moltiplicare inutilmente la procedura e le spese. Adunque noi crediamo doversi seguire la giurisprudenza della corte di Rouen, senza opporci con ciò alla soluzione data alla quistione (1).

1641. *Allorchè la sentenza contumaciale è dichiarata esecutiva, non ostante opposizione, puossi appellare nel termine per la opposizione?*

La proposta quistione fu giudicata affermativamente dalla corte di Parigi, il 27 giugno 1810 (*Sirey*, *tom.* 15, *pag.* 11) attesochè dichiarandosi esecutiva una sentenza, non ostante opposizione, rendesi indispensabile l'appello, perciocchè è questo il solo mezzo legale per impedirne la esecuzione. Coffinières, riportando la suddetta decisione nel suo giornale de' patrocinatori, al tom. 2, pag 144, fa in favore di questa quistione molte osservazioni, alle quali rinviamo i nostri lettori.

1642. *Il rimedio dell' appello compete forse al fallito, contro le ordinanze del commessario del fallimento, e contro le sentenze pronunziate a di lui rapporto, ancorchè potessero essere pure rivocate col mezzo dell' opposizione?*

Così appunto fu giudicato dalla corte di Brusselles il 13 marzo 1810 (*Sirey*, *tom.* 11, *pag.* 291) attesochè queste ordinanze e queste sentenze non sono pronunziate dietro citazioni fatte al fallito; anzi, all'opposto, vengono pronunziate essendo egli assente, e senza che sia stato messo in grado di produrre le sue difese; epperò non si possono applicare in questo caso le disposizioni dell' art. 455.

Con decisione del 27 febbraio 1811 la corte di Rennes giudicò che l' art. 455 applicavasi alle sentenze le quali dichiarano l'apertura del fallimento, poichè l'art. 457 † 449 del codice di commercio le dichiara suscettibili di opposizione, da parte del fallito, negli otto giorni sussecutivi a quelli dell' affissione. Nondimeno lo stesso motivo che indusse la corte di Brusselles a stabilire, colla citata decisione, la proposizione testè mentovata, esiste riguardo alle sentenze che dichiarano l' apertura del fallimento, poichè il fallito non vi è chiamato. (*Esposiz. del Cod. di commercio*, *Locrè*, *tom.* 5.)

È nostro avviso doversi seguire la decisione della corte di Brusselles, in quanto che l' art. 455 non indica in verun modo le sentenze con-

(1) Difatti la specie di detta quistione è assolutamente diversa; poichè trattasi di un appello da una sentenza resa in contradditorio con cui si ordina la discussione del merito, e del termine nel quale non si può in generale appellare di ogni sentenza definitiva, mentre che qui noi parliamo di una sentenza contumaciale e del termine particolare, durante il quale non si può, indipendentemente dal primo appello, interporne altro avverso una sentenza di quest' ultima specie.

tumaciali, ma esprimesi generalmente in riguardo *a tutte le sentenze suscettive di opposizione:* per lo che esso suppone delle sentenze soggette a questo rimedio, quantunque la parte contro la quale furono pronunziate non sia stata citata, e per conseguenza è applicabile sì alle sentenze di cui trattasi nella decisione di Rennes, come a quelle di cui parla la decisione di Brusselles

1643. *L' art.* 455 *è forse applicabile alle sentenze pronunziate in materia di dritti riuniti?*

La corte della giustizia criminale del dipartimento di Tarn decise tale quistione per l'affermativa, fondandosi sull'ultima disposizione del parere del consiglio di stato del 18 febbraio 1806, il quale effettivamente dichiara l'art. 455 applicabile alle sentenze pronunziate in materia di polizia correzionale. Ma la corte di cassazione, con decisione del 12 aprile 1811, (*Sirey*, *tom.* 11, *pag.* 376) dichiarò che la corte del Tarn erroneamente avea applicato questo articolo ad una materia in cui è sola legge il decreto del 1 germile dell'anno 13, il quale non proibisce d'interporre appello da una sentenza contumaciale nel termine degli otto giorni, che le leggi generali accordano per formarsi opposizione ec. ec. ec.

1644. *Se un appello fu mole a proposito interposto durante il termine ossegnato per la opposizione, si decode forse dal dritto di appellare?*

Noi crediamo di no, e tal'è pure la opinione di Hautfeuille, pag. 251. Militano, per decidere così, le stesse ragioni le quali determinarono il legislatore a dichiarare espressamente nell'art. 449 † 513, che gli appelli dalle sentenze non eseguibili provvisionalmente, i quali fossero stati interposti nel termine di otto giorni dalla di loro pronunziazione, potranno *reiterarsi nel termine ordinario.*

1645. *L' appello da una sentenza contumaciale, cui è stata fatto opposizione, è forse ammissibile, quantunque non si appelli dalla sentenza la quale ha rigettata l' opposizione, per un mezzo d inammissibilità desunta dallo formo?*

La presente quistione venne risoluta per l'affermativa, con un arresto della corte di cassazione del 25 giugno 1811 (*ved. Sirey*, *tom.* 2, *pag.* 241), attesochè competevano alla parte condannata due rimedi contro la sentenza contumaciale, il mezzo della opposizione, e successivamente quello dell'appello; che la sua opposizione essendo stata dichiarata inammissibile con sentenza profferita in contraddizione, la detta parte avea avuto dritto di appellare dalla sentenza contumaciale, ed a rendere siffatto appello regolare ed ammissibile, non l'era stato necessario di appellare nello stesso tempo dalla sentenza la quale avea rigettata l'opposizione, perciocchè quest'ultima sentenza pronunziava tassativamente su di un punto di procedura, vale a dire che l'opposizione avverso la sentenza contumaciale era ammissibile nelle circostanze in cui era stata prodotta. Or questa sentenza non essendo in alcun modo relativa, *nè con i suoi motivi*, nè *colla sua parte dispositiva*, al merito della causa sul quale avea pronunziato la prima sentenza contumaciale, e d'altronde non essendo stata l'esecuzione ordinata nè espressamente, nè implicitamente coll'ultima sentenza, non eravi perciò necessità alcuna di ottenerne la rivocazione, onde rendere efficace l'appello interposto contro la prima (1).

ART. 456 † 520. *L' atto di appello dee contenere citazione ne' termini prescritti dalla legge e dev' essere notificolo alla persona o al domicilio, sotto pena di nullità* (2).

Tit. 29. C. di di P. art. 59 e seg. 72, 133 e seg. 443 e seg. 584, 726, 1029, 1033. — C. C. art. 102 e seg.

(1) Si potrà forse credere che questa decisione sia contraria ad un altra del 21 apr. 1807, con cui fu dichiarato inammissibile un ricorso per annullamento, diretto contro una decisione contumaciale confermata in grado di opposizione; e ciò sul fondamento, che il reclamante non avrebbe potuto trarre alcun vantaggio da tale annullamento, essendo divenuto insolvente colui che l'aveva fatto confermare in grado di opposizione.

Si rileverà però che queste due decisioni non sono in contraddizione, laddove si consideri d' essere state pronunziate nel senso di una giusta distinzione da farsi fra il rigetto dell'opposizione mercè conferma della sentenza nel merito, ed il rigetto dell' opposizione in virtù di un mezzo d' inammissibilità. Ma, siccome osserva Denevers, se il mezzo d' inammissibilità fosse desunto dal merito; se importasse la conferma della sentenza contumaciale; se, per esempio, fosse fondato sull'acquiescenza a tal giudizio, non potrebbesi validamente appellare dalla sentenza contumaciale, se non appellandosi pure dalla sentenza la quale avesse dichiarata inammissibile l' opposizione.

(2) GIURISPRUDENZA.

1. Qualunque appello dovendo essere interposto con atto espresso o separato, da notificarsi alla per-

CCCLXXIX. Nel dritto antico la parte poteva limitarsi ad una semplice dichiarazione di appellare, e con questo mezzo eludeva per qualche tempo la esecuzione della sentenza. Ma, sicco-

sona o al domicilio, una dichiarazione di appello inserita in un precetto, non farabbe le veci di questo atto, anche quando essa contenesse costituzione di patrocinatore a citazione nel termine della legge. — (*Cassaz.* 5 *aprile* 1813; *Sirey tom.* 13 *pag.* 585.)

2. Ma sarebbe validamente interposto un' appello con dichiarazione della parte innanzi notaio che intende rendersi appellante, laddove questa dichiarazione fosse in seguito notificata da un usciere, con citazione, *a' termini della legge, per veder annullare la sentenza.* — (*Pau*, 16 *agosto* 1809; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 390.)

3. L' appello interposto su di un processo verbale di sequestro sarebbe nullo, se non contenesse citaziona. — (*Rennes*, 6, *gen.* 1818.)

Nota. *Si osserverà che questa decisione suppone la validità dell' appello, pel caso in cui avesse contenuta citazione; il che è apertamente contrario alla decisione citata al n. 1. della presente nota.*

4. Allorchè in un atto di appello, l' appellante ha dichiarato di appellare da una tale sentenza *unitamente a quelle ivi enunciate*, a da tutto ciò che ha potuto seguirne, questa dichiarazione non costituisce un appello dalle sentenze *enunciate*, quantunque sia reiterata in seguito innanzi alla corte con espresse conclusioni. (*Parigi*, 11 *marzo* 1818; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 378.)

5. Se l'appellante non ha dichiarato nel suo appello di rendersi appellante dalla sentenza del dì . . . egli nondimeno ha sufficientemente manifestato la sua intenzione, mentovando la sua dimanda introduttiva del giudizio, e dichiarando che si rende appellante da tutte la sentenze pronunziate nel tal tribunale, nella causa di cui si tratta. — (*Rennes*, 23 *agosto* 1814).

Nota. *Esiste una contraddizione tra questa decisione e quella della corte di Parigi, citata nel numero precedente. Ma noi ammettiamo la decisione della corte di Rennes, come quella ch' è fondata sulla massima,* idem est esse certum per se, vel per relationem ad aliquid certum. *Del resto, la decisione della corte di Parigi* fu anche *ben pronunziata per la ragione che rigettò l' appello* fondandosi sull' *altro motivo*, *che l' atto che lo dichiarava non conteneva citazione alcuna.*

6. Dopo la promulgazione del nuovo Codice di procedura, *l' appello con cui si aderisce*, del pari che l' appello principale, è sottoposto alla disposizione dell' articolo 456 † 520 del codice di procedura. Esso, sotto pena di nullità, debbe essere notificato alla persona o al domicilio. —(*Rennes*, 3 *feb.* 1808, *Sirey*, *tom.* 8, *pag.* 107.)

7. Un procuratore munito di mandato può interporre appello pel suo mandante (*Cassaz.* 22 *brumaio*, *anno* 12; *Sirey tom.* 4, *parte* 2, *pag.* 282); nè con ciò si contravviene alla massima, *niuno in Francia litiga per mezzo di procuratore*, quando l' appello è così personalmente interposto dal mandatario, *nella sua qualità*, e per l' interesse del suo committente. — (*Vedi la quistione* 290.)

8. È indifferente che si adoperi nell' atto di appello la espressione *appellare*, potendosi ad essa supplire con termini equipollenti. — (*Cassaz.* 2 *ventoso*, *anno* 9, *Sirey*, *tom.* 1, *par.* 2, *pag.* 295.)

9 L' atto non è nullo laddove si dichiari d' interporre appello da una sentenza pronunziata da un tribunale di prima istanza, mentre che le parti fossero state giudicate da un tribunale di commercio; poichè la data della sentenza e quella della sua notificazione essendo inserite nell' atto, l' intimato non può ingannarsi sulla natura e la qualità di questa sentenza. — (*Rennes* 3 *gen.* 1811.)

10. Ma sarebbe nullo l' appello da una sentenza indicato sotto una data, colla quale non ne fosse stata profferita alcuna tra le parti, giacchè la corte non può conoscere dell' appello avverso una sentenza che non esiste — (*Rennes*, 2 *feb.* 1811.)

Non per tanto la corte di Parigi, con decisione del 28 agosto 1813, (*Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 261) giudicò che la omissione della data della sentenza non importerebbe la nullità dell' appello.

Nota. *Potrebbesi osservare questa differenza tra la specie di questa decisione e quella della precedente, che la omissione della data non fa presumere la non esistenza della sentenza, come neppure la falsità. Ma, che che ne sia, noi riguardiamo l' ultima decisione di Rennes come troppo rigorosa, e saremmo di opinione che l' atto di appello doveva esser dichiarato valido pe' motivi enunciati in altra decisione della stessa corte, del 3 giugno 1813. Difatti dichiarasi con essa, che, quando niuna sentenza sia stata pronunziata dal tribunale da cui si appella, diversa da quella alla quale si pretende che l atto di appello si riferisca, e che dal libello e dalle conclusioni dell' atto d appello rilevasi che esso non può avere che questa sentenza per oggetto, l' errore nella enunciazione della data non annulla l' atto poichè è impossibile di non conoscere la identicità della sentenza.*

11. Ma se l' intimato fu citato ad un termine troppo lungo, non è obbligato di attenderne la scadenza; egli può anticipare dietro l' appello, citando l' appellante a comparire ne' termini ordinari. — (*Montpellier*, 2 *gennaio* 1811; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 21. *Vedi pure le nostre quistioni* 322 e 323).

12. Anche senza precedente citazione all' appellante, potrebbe l' intimato presentarsi all' udienza, e dimandare contro di lui una sentenza o decisione di *congedo*. — (*Torino*, 1 *gennaio* 1812; *Sirey*, *tom.* 18, *pag.* 230)

La prima di queste decisioni non ci sembra incontrare alcuna difficoltà (*vedi sopra la quistione* 325); ma noi non potremmo ammettere la seconda. Sarebbe cosa ingiusta e frustranea giudicare in contumacia una parte la quale non venne citata a comparire all' udienza, autorizzando l' altra ad abusare di una inesattezza per servirsene come d' insidia-

me abbiamo detto nel commentario all'art. 443, essa era tenuta di citare il suo avversario in tre mesi, per procedere su questo appello, e ciò chiaper ottenere la decisione senza discutersi la causa in contraddittorio. — (*Del resto vedi le quistioni* 322 323 e 324).

13. L'atto di appello notificato ad istanza di una parte morta in tempo che fu pronunziata la sentenza, è nullo. — (*Vedi le decisioni citate nella quist.* 291).

14. L'atto di appello avverso una sentenza pronunziata a favore di più parti ivi nominate, è nullo, se non è notificato con citazione individualmente a ciascuna di esse, ma solo in persona di una con un solo e medesimo atto. — (*Rennes* 25 *marzo* 1813).

Non basta che esse avessero dichiarato di agire *unitamente* e far causa *comune*. Anche i coeredi, che abbiano un interesse distinto e separato, pel quale ciascuno di essi avesse proposte conclusioni separate, debbono ricevere tante copie, quanti sono gl'individui, e la citazione con una sola copia sarebbe nulla riguardo a tutti. — (*Cassaz.* 14 *marzo* 1811 ; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 108).

15. Ma le parti non sono più autorizzate a prevalersi di questa nullità, se hanno costituito un patrocinatore in nome comune. — (*Limoges*, 22 *dicembre* 1812 ; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 374).

16. I proprietari di miniere, litigando collettivamente, sono validamente rappresentati da quello tra essi il quale si trova nominatamente nelle narrative dell'atto di appello. Non vi è bisogno di distinguerli individualmente, esprimendo i loro nomi, la professione ed il domicilio, allorchè specialmente, in tutti gli atti della procedura in prima istanza, e nella sentenza istessa da cui si appella, le qualità degli appellanti sono enunciate nella maniera stessa che nel di loro atto di appello. — (*Rennes*, 3 *giugno* 1813).

Nota. *Del pari*, *la qualità di armatore di un bastimento dispensa colui il quale agisce in tale qualità dal nominare*, *nell'atto di appello*, *i suoi cointeressati nell'armamento*, *perchè tutti i dritti di proprietà risseggono nella sua persona. Gli altri interessati sarebbero i soli i quali potrebbero contraddire l'appello*, da lui interposto; *e la massima*, niuno in Francia ec. *non è applicabile a questo armatore*. — (*Rennes*, 7 *maggio* 1818. *Vedi le quistioni* 289 e 290).

17. Quando l'intimato medesimo ha dichiarata la qualità dell'appellante negli atti di prima istanza, non ha dritto a pretendere che l'atto è nullo per mancanza di manifestazione della professione di quest'ultimo, che gli è perfettamente cognita. — (*Rennes*, 24 *gen.* 1809).

18. L'atto di appello, come qualunque atto di citazione a comparire, deve contenere la costituzione di patrocinatore. (*Torino*, 14 *giugno* 1807 ; *Pau*, 22 *luglio* 1809 ; *Lione*, 29 *maggio* 1816 ; *Amiens*, 10 *novembre* 1821 ; *Sirey*, *tom.* 7, *pag.* 677, *part.* 2. ; *tom.* 10, *pag.* 52 ; *tom.* 19, *pag.* 149, *tom.* 22, *pag.* 246.) Nè, siccome già facemmo conoscere nel titolo delle citazioni, la elezione del domicilio in casa di un patrocinatore, supplisce a questa mancanza. Ciò almeno si ritiene come sicuro, non ostante una decisione contraria della corte di Colmar del 24 marzo 1810. — (*Sirey*, tom. 12, *pag.* 378).

19. Questa nullità è nondimeno sanata dalla notificazione della costituzione del patrocinatore dall'intimato fatta a quello presso il quale l'appellante avesse eletto il domicilio. — (*Rennes*, 26 *aprile* 1810).

20. L'appellante il quale nell'atto di appello avesse costituito per patrocinatore un avvocato non esercente le funzioni di patrocinatore, non può in seguito riparare questo errore colla costituzione di un patrocinatore. — (*Cassaz.* 4 *settembre* 1809, e 5 *gennaio* 1815, *Sirey*, *tom.* 9, *pag.* 421, *tom.* 15, *pag.* 122, *e la nostra nota a pag.* 197, *tom.* 1.)

Nota. *Noi dicemmo nella quistione* 301 *che colui il quale per errore abbia costituito un patrocinatore il quale avesse cessato dall'esercizio delle sue funzioni*, *può riprodurre il suo appello*, *osservando le formalità prescritte dalla legge. Questa decisione modifica quella della corte di Rennes citata nella nota della stessa quistione*, *ed un altra della corte di Riom del* 17 *aprile* 1818 (*Sirey*, *t.* 19, *pag.* 223) *colla quale fu* stabilito che in tal caso *la eccezione di buona fede non è ammissibile*, *e che l'atto di citazione è nullo*, *come se non vi fosse stata detta costituzione. Del resto spetta alla corte di determinare se la rinnovazione dell'atto di appello* siasi o pur no *fatta in un termine troppo remoto*, *perchè si possa ammettere o no l'eccezione di buona fede*.

21. La citazione diretta ad uno straniero innanzi ad una corte di appello, debb'esser fatta al domicilio del procurator generale, uniformemente all'art. 69 † 164, n. 9 — (*Vedi la decisione della corte di Treveri del* 30 *gen.* 1811, *Denevers* 1811 *suppl. pag.* 216).

Ma la nullità risultante dall'essersi fatta al procuratore del Re presso il tribunale di prima istanza sarebbe sanata, se l'intimato anticipasse la procedura. — (*Treveri*, 12 *marzo* 1813 ; *Giurisp. cod. civ. tom.* 20, *pag.* 434. *Vedi sopra*, *sull' art.* 69, *tom.* 1, *pag.* 230 *alla nota* 6).

22. Se una corte reale ritiene per fatto che un atto di appello non è stato notificato nè alla persona nè al domicilio, tale dichiarazione non può prevalere innanzi alla corte di cassazione, alla presentazione dell'originale dell'atto di notificazione, donde costi che tale notificazione sia stata fatta alla persona trovata nel suo domicilio. (*Cassaz.* 30 *aprile* 1820, *tom.* 21, *pag.* 30).

È questa un'applicazione della regola generale, secondo la quale la decisione de' giudici ordinari su di un fatto la cui pruova contraria risulta da un atto autentico non impugnato come falso, non può essere annullata dalla corte di cassazione.

23. Il mezzo d'inammissibilità, fondato sul motivo di non esser provato che l'appello è stato no-

mavasi *rilevare l'appello* (*). Mancandosi di adempire a quest' obbligo, l'intimato poteva egli medesimo citare l' appellante, il che dinotavasi con questa parola *anticipare*, e dopo tre mesi faceva dichiarare l'appello *deserto*, ossia abbandonato. Finalmente l' appellante poteva in seguito reiterare l' appello, risarcendo le spese della *diserzione*. Nel dritto intermedio si giudicò sulle prime che la *diserzione* era abolita. (*Ved. Berriat Saint-Prix*, *pag*. 420 *e* 421). Il nostro codice ha abrogato, finanche i nomi di queste formalità dispendiose, senza esser mai state utili: esso vuole che l'appello sia dichiarato con un atto nella forma ordinaria, e contenente, sotto pena di nullità, citazione all' intimato, ne' termini della legge, per sentir far dritto sull'appello. Nondimeno, dice l'oratore del governo, questo non è un atto di semplice procedura, che basti notificare al patrocinatore; ma è un nuovo combattimento giudiziario dall' appellante impegnato: per lo che bisogna farne la notificazione, sotto pena di nullità, alla persona o al domicilio.

1646. *L' atto di appello è forse soggetto a tutte le formole di un atto di citazione?*

Basta considerare che l'appello è una dimanda formata con atto notificato alla persona o al domicilio, e contenente necessariamente citazione, per conoscere che l'atto di appello è soggetto a tutte le formalità delle citazioni. Anche la corte di cassazione lo ha espresso in varie circostanze, applicando a questi atti le disposizioni degli art. 61 e 58†153 e 162. Essendo dunque applicabili tutte le quistioni da noi trattate su questi due articoli all' art. 455, non ci rimane conseguentemente che ad esaminare qui soltanto quelle che gli sono particolari (1).

1647. *L' appello da una sentenza pronunziata prima della pubblicazione del codice di procedura, debbe ora interporsi nella forma prescritta da l' art. 456?*

La corte di cassazione, con arresto del 4 marzo 1812, giudicò (*ved. Denevers*, 1812, *pag*. 257) che non solamente dal giorno della notificazione della sentenza, ma da quello in cui vien emanata acquistasi dritto ad appellare; che in conseguenza bisogna consultare la legge esistente nel tempo della emanazione della sentenza per decidere da qual' epoca è cominciato a decorrere il termine ad appellare; perciocchè *se la forma dell' appello può e debb' esser* sottoposta alle disposizioni della legge ultimamente sopravvenuta, non è così del termine per interporre l'appello, il quale resta sempre regolato dalla legge antica; e questa è una conseguenza del doppio principio, cioè, che la prescrizione per impugnare una sentenza regolasi secondo la legge sotto l'impero della quale la sentenza è stata pronunziata, e che le prescrizioni incominciate debbono compiersi secondo l'antico dritto.

Risulta chiaramente da questa decisione, che se la legge antica è la sola che bisogna riguardare come regolatrice del dritto e del termine dell'appello, rispetto ad una sentenza pronunziata prima della pubblicazione del codice, nondimeno questo codice è quello che bisogna seguire relativamente alla forma dell'atto di appello.

tificato alla persona o al domicilio reale o eletto, è ammissibile, quantunque la parte abbia sulle prime trascurato di avvalersene. — (*Rennes*, 5 *aprile* 1814).

In effetti la mancanza della notificazione è essenzialmente diversa da una semplice nullità di atto, che può essere sanata col solo silenzio.

[24. L' atto di appello notificato alla persona, non è nullo per mancanza di menzione del domicilio, se d' altronde la persona è chiaramente indicata, senza potervi cadere alcun dubbio. — (Brusselles, 24 genn. 1821, vol. 2. pagina. 120.)]

[25. Allorchè più persone agiscono in comune per la esecuzione di una sentenza, ed hanno lo stesso interesse, o nel precetto eleggono un solo o medesimo domicilio, la parte la quale produce appello, non deve, notificando il suo appello a questo domicilio eletto, rimanerci tante copie del suo atto di appello, quante sono le parti appellate, bastando una sola copia per tutte. (*Brusselles*, 14 *luglio e* 9 *ottob*. 1815, *Giurisp. di detta Corte*, *anno* 1814, *vol*. 2, *pag*. 120.)]

[26. Giudicato in senso contrario dalla Corte di Liegi. (*Decis. de'* 21 *ottob*. 1822, *Ann. di Laporte*, *anno* 1824, *vol*. 2.)]

[27. L' appello contro di eredi, avverso una sentenza pronunziata a vantaggio del loro comune autore, deve notificarsi in copia a ciascuno di essi, anche quando abbiano un solo domicilio. (*Brusselles*, 24 *genn*. 1821, *Ann. di Laporte*, *anno* 1822, *vol*. 2. *pag*. 39.)]

(*) *Rilevare l' appello* significa esporre i motivi che lo sostengono.

(1) Si eccettua tuttavia la esposizione de' gravami o motivi di appello, come diremo nella quistione 1648.

Avviene lo stesso, con maggior ragione, dell'atto di appello da una sentenza pronunziata dopo il codice, ma sopra una istanza anteriore alla sua pubblicazione; ed anche in quest'ultimo caso la legge attuale è quella che regola tanto il dritto, quanto il termine, come fu giudicato, non solamente colla citata decisione, ma eziandio con altra decisione del 9 dicembre 1811, che dichiarò ammissibile l'appello, in virtù dell'art. 453 + 517, avverso una sentenza degli 11 aprile 1807, quantunque questa sentenza fosse qualificata come inappellabile, e la causa fosse incominciata pria del 1 gennaio dello stesso anno. — (*Ved. Denevers, come sopra citato, alla pag.* 261, *nelle note.*)

1648. *L'atto di appello deve forse contenere l'enunciazione de' motivi sopra cui è poggiato?*

Molti giureconsulti fondandosi sul motivo che l'atto di appello è assimilato ad una citazione, giacchè deve contenere intimazione a comparire a giorno fisso, aveano opinato doversi enunciare i motivi, che altro non sono se non se il libello della dimanda formata coll'atto suddetto: tal è l'opinione di Demiau Crouzilhac, pag. 327, opposta a quella di Pigeau, tom. I, pag. 571. Quest'ultima opinione è stata formalmente ritenuta da due arresti della corte di cassazione, coi quali fu giudicata, che in qualunque materia, sia ordinaria, sia sommaria, non è necessario la enunciazione de'gravami nell'atto di appello. Fra le ragioni per decidere in siffatto modo, deesi osservare soprattutto quella risultante dal trovarsi soppresso nell'art. 436 l'obbligo di enunciare sommariamente i gravami, che si trovava prescritto dall'art. 450 del progetto. (*Ved. le decisioni del* 4 *dicembre* 1806, *e* 1 *maggio* 1810, *Sirey*, *tom.* 10, *pag.* 16 *e* 185.) [a] (*).

1649. *È valido l'atto di appello, se contiene soltanto citazione a comparire* NEI TERMINI DELLA LEGGE, *senza precisarli?*

Che sì, a norma di quanto abbiam detto sulle quistioni 315, e seguenti — (*Ved. tom.* 1. *pag.* 91) (1).

1650. *Sarebbe forse nulla la citazione fatta nel termine di otto giorni, senza l'aumento in ragione delle distanze, allorchè l'intimato è lontano più di tre miriametri dalla città in cui risiede la corte?*

Con decisione del 17 dicembre 1811 (*Sirey, tom.* 14 *pag.* 392) la corte di Montpellier giudicò affermativamente la presente quistione. Noi ci avvisiamo, dietro quello che abbiam detto sull'art. 61, tom. 1, che siffatta omissione non induce nullità, ma semplicemente l'appellante non potrebbe ottenere sentenza contumaciale prima di spirare il termine, ancorchè fosse possibile supporre che la causa potrebbe chiamarsi pria di questo termine. Del rimanente, ciò è quanto la corte di Rennes, 3. cam. formalmente decise il giorno 13 e 26 giugno 1812.

1651. *Un atto di appello fatto a nome di tutte le parti comparse in prima istanza, ma che vien firmato da una sola di esse, sarebbe forse nullo relativamente alle altre?*

Sarebbe nullo incontrastabilmente, se la legge per la sua validità esigesse che fosse firmato da tutte le parti appellanti. Ma poichè la legge istessa non richiede affatto la loro firma, non può dedursi, dalla circostanza di avere soltanto una delle parti firmato l'atto di appello, che le altre, le quali d'altronde non lo dissapprovano, non avessero avuto l'intenzio-

[(a) La Corte di Brusselles ha benanche giudicato nello stesso senso con decisione de' 14 maggio 1822. (*Ann. di Laporte*, *anno* 1823, *vol.* 1. *pag.* 508).]

(*) Non ci ha dubbio che sarebbe molto utile enunciare nell'atto di appello i motivi su' quali esso è fondato; ma poichè il legislatore ha diversamente disposto, non valgono induzioni e ragioni contrarie per sostenere il sentimento opposto. Per lo che anche presso di noi la mancanza dei motivi di appello non produce la nullità dell'atto, ma possono prodursi dopo la costituzione del patrocinatore. Vi hanno però delle eccezioni a questa regola.

1. Per gli appelli pei giudizii disciplinari (*decreto dei* 13 *gen.* 1832.)

2. Per gli appelli in fatto d'incidenti di espropriazione e di graduazione. (*Legg.* 29 *dicembre* 1828 *art.* 134 e 176.)

L'appello deve farsi in forma d'istanza ossia di petizione, negli affari di espediente volontario, nelle ricusazioni di giudici, nelle rimessioni di causa.

L'appello deve notificarsi alle parti in tutt'i casi, meno in quelli relativi agli affari di ricusazione, di rimessione, di espediente volontario.

(1) Ma non è valido l'atto di appello quando contiene citazione a comparire alla *scadenza dei giorni che seguiranno la sua notificazione* (*Rennes* 30 *aprile* 1813); poichè quest'espressioni non indicano neanche in modo indiretto, che l'intimazione sia stata fatta nel termine della legge.

ne di rendersi ancor esse appellanti, nè che l'appello debb'esser considerato nullo a loro riguardo a causa della mancanza di firma. In siffatta guisa giudicossi il 5 febbraio 1810 dalla corte di appello di Treves. (*Ved. il Giornale de' patrocinatori, tom.* 2, *pag.* 346).

Da tutto ciò puossi conchiudere che un atto di appello può benissimo indicare i nomi, la professione ed il domicilio degli appellanti allorchè esprime di esser stato fatto a richiesta di N. ed altri nominati nella sentenza emessa in prima istanza (1).

1652. *La notificazione dell'atto di appello ad un domicilio eletto equivale forse, in tutt i casi, a quella fatta nel domicilio reale?*

Trovasi nel 2. tom. della 2. parte della Biblioteca del Foro, alla pag. 357, un confronto delle diverse decisioni delle corti di appello su questa importante quistione; ma dopo gli ultimi arresti della corte di cassazione che noi faremo conoscere, siamo dispensati di entrare in simili particolari, perciocchè han fissato la giurisprudenza sulle difficoltà cagionate da queste parole dell'art. 456, *l'atto di appello sarà notificato alla persona o al domicilio, sotto pena di nullità.*

In effetti, uno di questi arresti, renduto a'29 ottobre 1811, dalla sezione civile (*ved. Sirey, tom.* 12, *pag.* 16 *e seg.*) dichiara, primamente, che secondo l' art. 456 l'appello dev'esser notificato alla persona o al domicilio *reale*, sotto pena di nullità, e non può esserlo conseguentemente al domicilio eletto, al quale niuna legge ne autorizzava la notificazione; in secondo luogo, che l'elezione del domicilio deve esser sempre ristretta al suo oggetto, e non mai estendersi al di là del suo scopo; d'onde conseguita che l'art. 584 il quale autorizza a notificare l'atto di appello al domicilio eletto nel precetto tendente ad un pegnoramento di mobili, non può esser esteso al caso di una elezione fatta nella notificazione della sentenza impugnata. In tal modo giudicarono le corti d'appello di Parigi, Liege, Rennes ec.

A maggior ragione non puossi validamente notificare un appello al domicilio del patrocinatore che ha agito in prima istanza; poichè il domicilio eletto presso questo ufficiale è valido soltanto per le procedure che seguono dinanzi i primi giudici: così fu benanche ritenuto da molte decisioni.

L'altro arresto di cui dobbiam far parola è quello del 23 gennaio 1810 (*ved. Sirey*, 1810, *pag.* 130), il quale decise in una maniera formale quanto supponevasi dal primo, cioè, che l'atto di appello dalla sentenza, per la cui esecuzione procedevasi mediante pegnoramento di mobili, è validamente notificato al domicilio eletto nel preventivo che precede siffatto pegnoramento.

Adunque è ormai indubitato, che l'art. 584 + 674 forma eccezione all'art. 456, e conseguentemente non debbonsi affatto seguire gli arresti i quali decisero che la facoltà lasciata al debitore di fare qualunque notificazione al domicilio eletto nel precetto, anche quella dell'appello, non era relativa che alle procedure per la esecuzione; che perciò l'atto di appello dalla sentenza notificato a detto domicilio non poteva che sospendere la esecuzione, e produceva l'effetto che il tribunale di appello conoscesse della causa, sol quando fosse rinnovato alla persona o al domicilio ec.

Ma dall'aver noi detto, secondo l'arresto del 28 ottobre 1811, che l'art. 584 non poteva autorizzare a notificar un atto di appello ad un domicilio di elezione diverso da quello indicato nel precetto al pegnoramento, ne risulta forse rigorosamente che non possa in alcun caso farsi al domicilio eletto? Noi nol pensiamo. E se, per esempio, una parte avesse eletto un domicilio speciale per l'appello; se essa avesse fatto, nell'atto sul quale fosse stata pronunziata la sentenza *appellabile*, una elezione di domicilio per l'esecuzione di questo atto, noi saremmo di avviso che l'appello potesse notificarsi a questo domicilio eletto. Nè in ciò crediamo trovarci in opposizione col citato arresto, perciocchè la notificazione sarebbe fatta, non in virtù dell'art. 584, il quale incontrastabilmente non è riferibile a questi due casi, ma in forza della convenzione che tien luogo di legge tra le parti, e della disposi-

(1) È diversamente se l'appello non è stato interposto che in nome di uno di essi (*Torino* 6 *luglio* 1808; *Sirey*, *tom.* 12, *pag.* 274), a meno che non vi sia qualità. — (*Vedi sopra quist.* 1565).

Per conseguenza l'atto di appello notificato a molti debitori solidali, e che è nullo nella forma, riguardo ad alcuni tra essi, ma regolare relativamente ad altri, a causa della solidatità, produce egualmente il suo effetto contro i primi senza distinzione. — (*Rennes* 24 *luglio* 1810; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 134).

zione del codice civile che autorizza a fare ad un domicilio eletto, per la esecuzione di un atto, ogni notificazione risguardante siffatta esecuzione.

Similmente noi pensiamo, secondo gli art. 1248 †2042 §. 1 e 2156 †2050 del codice civile, che l'atto di appello può esser notificato al domicilio eletto dal creditore nella iscrizione ipotecaria. Tal'è benanche la opinione de' compilatori della Biblioteca del Foro, nel luogo citato di sopra, pag. 370.

Da siffatta discussione conchiudiamo, che l'art. 456 stabilisce come principio generale, che l'atto di appello debb'esser notificato alla persona o al domicilio reale, ma che questo principio soffre eccezione ogni qual volta le parti han consentito in un atto che se ne faccia la notificazione ad un domicilio eletto, ovvero che la legge lo abbia permesso, come ne' citati articoli del codice civile, e nell'art. 584 †674 del codice di procedura.

Nondimeno dobbiamo osservare, che con decisione del 26 febbraio 1810, la corte di Treves giudicò, che l'atto di appello non è validamente notificato al domicilio eletto per la esecuzione di una convenzione, atteso che questa elezione di domicilio non ha altro effetto che per le procedure del tribunale di prima istanza, e termina colla sentenza. Ma noi non crediamo doversi seguire tale decisione, la quale stabilisce una distinzione dall'art. 111 † 116 del codice civile non ritenuta; ma essa avverte solamente che la prudenza esige notificarsi, per quanto sia possibile, l'atto di appello al domicilio reale (1). — (*Ved. sugli art.* 584 † 674 *e* 927†1004 *altre quistioni relative alla notificazione dell'atto di appello nel domicilio eletto.*)

(1) In ogni caso l'appello non è validamente notificato al domicilio eletto presso il patrocinatore il quale ha agito nel tribunale di prima istanza.— (*Limoges*, 28 *dicembre* 1812; *Sirey, tom.* 14, *pag.* 390; *Rennes*, 11 *nov.* 1814).

Ma con decisione del 9 gennaio 1806 (*Sirey*, *tom.* 6, *parte* 2. *pag.* 511) dalla corte di Roano fu giudicato, che la notificazione fatta al domicilio eletto senza riserba in prima istanza, era valida, se dopo la sentenza l'intimato avesse mostrato persistere nella prima elezione.

Bisogna però osservare che questa decisione è anteriore alla promulgazione del codice; e quindi noi non crediamo che si possa oggi decidere in siffatta guisa.

ART. 457 † 521. *L'appello dalle sentenze definitive od interlocutorie importa effetto sospensivo, eccetto che nella sentenza non sia stata ordinata l'esecuzione provvisionale in quei casi ove questa è permessa.*

L'esecuzione delle sentenze qualificate indebitamente per inappellabili non può essere sospesa, se non che in forza di una inibitoria ottenuta dall'appellante, all'udienza della corte reale, dietro citazione a breve termine.

Riguardo alle sentenze non qualificate o qualificate per appellabili, e nelle quali i giudici erano autorizzati a pronunziare inappellabilmente, la di loro esecuzione provvisionale può essere ordinata dalla corte reale all'udienza e dietro un semplice atto (2).

T. 148. — Ved. C. di P. art. 76, 123, 135, 376, 433, ed appresso, art. 439, 443, 458.

CCCLXXX. Siccome abbiam detto ne' preliminari di questo titolo, alla pag. 165, l'appel-

(2) GIURISPRUDENZA.

1. Allorchè la esecuzione delle condanne principali pronunziate con una sentenza è sospesa dall'appello, il patrocinatore dell'intimato che ha ottenuto in prima istanza la separazione delle spese alle quali l'avversario fu condannato, non può, sotto pena de' danni ed interessi, procedere alla esecuzione di quésta condanna accessoria.—(*Bourges*, 20 *aprile* 1818; *Sirey*, *tom.* 19, *pag.* 191).

2. L'appello è sospensivo in materia di espropriazione del pari che in materia ordinaria. — (*Bordò* 25 *agosto* 1810; *Sirey*, *tom.* 11. *pag.* 185.)

[3. L'effetto sospensivo dell'appello è tale che quando una sentenza ordina la cessione di un'immobile sotto pena di una data summa per ciascun giorno di ritardo, a titolo di danni ed interessi, esso ne arresta l'effetto, di maniera che dopo la decisione confermativa, l'appellante non è obbligato di sapere i danni ed interessi, in ragione di tutto il tempo che ha durato il giudizio sull'appello. — (*Brusselles*, 27 *settembre* 1815, *Giurisprudenza di detta corte*, *anno* 1815, *vol.* 2. *pag.* 314)].

[4. L'appello notificato all'udienza, quantunque non registrato, avverso una prima sentenza, sospende il procedimento, e priva il giudice della sua giurisdizione. — (*Brusselles*, 22 *agosto* 1818, *Ann. di Laporte*, *anno* 1822, *vol.* 2. *pag.* 380)].

[5. L'appello da una sentenza che pronunziò sopra un'incidente, non solamente è sospensivo ma benanche devolutivo, tal che la Corte s'impadronisce di tutto il procedimento, ed il primo giudice non può più, durante l'appello di tale incidente, in alcun modo occuparsi del merito.—(*Brusselles*, 21 *gennaio* 1824, *Ann. di Laporte*, *anno* 1822, *vol.* 1, *pag.* 300)].

lo richiama in disamina tutto ciò che era stato deciso. Or il dritto di questa novella disamina, sembra importare quello d'impedire la esecuzione di quanto erasi deciso, di modo che l'effetto *sospensivo* dell'appello non è che una conseguenza del suo effetto *devolutivo*; ma da un altra parte, l'appello non potrebbe togliere una fortissima presunzione che i giudici, per errore, o in qualunque altro modo, siensi allontanati dalle regole; perciocchè l'autorità della loro sentenza non cessa interamente che nel caso in cui sia rivocata. Ed invano colui che l'ha ottenuta invocherebbe questa autorità, se l'appello sospendendo l'esecuzione, potesse rendere meno efficace, o anche inutile, la conferma della sentenza.

La conseguenza di siffatte riflessioni è stata quella di ritenere nel modo adoperato dal nostro art. 457, che l'appello in generale è *sospensivo;* ma ch'è soltanto *devolutivo*, nel caso in cui, pel motivo testè espresso, pronunziasi l'esecuzione provvisionale. (*Ved. l'Esposizione de' motivi*).

1653. *Quali sono gli effetti della sospensione di esecuzione che produce l'appello? Per esempio, una sentenza da cui è stato interposto appello, ma ch'è confermata, produce forse i suoi effetti dal giorno della sua notificazione, o soltanto dal giorno della notificazione della decisione confermativa?*

Di sommo rilievo rendesi siffatta quistione, dappoichè può sovente avvenire, che una sentenza ordini eseguire certe date cose in un termine stabilito. In siffatta circostanza puossi dimandare, se la parte interessata abbia dritto a prevalersi dell'essere spirato questo termine, e profittare dei vantaggi ad essa provvenienti dal perchè la cosa ordinata non avesse avuto luogo.

Sirey riporta nella sua raccolta per l'anno 1810, alla pag. 317, un arresto della corte di cassazione del 12 giugno 1810, in cui trovasi una decisione sulla presente quistione; decisione i cui motivi possono applicarsi a tutti i casi, e donde risulta, in generale, che la sentenza la quale è stata impugnata coll'appello, e che in seguito vien confermata, non deve produrre il suo effetto che dal giorno della notificazione, o, secondo le circostanze, dal giorno dell'emanazione della decisione confermativa.

1654. *Si è forse nell' obbligo di dimandare, con un atto, il permesso di citare a breve termine, per ottenere la sospensione della esecuzione di una sentenza malamente qualificata per inappellabile?*

Tal'è l'opinione di Pigeau, tom. 1, pag. 574, poggiata sulle disposizioni dell'art. 72 †166. Non si può, egli dice, essere dispensato dal dimandare siffatto permesso se non quando la legge stessa stabilisce un termine più breve di quello ordinario, come ne' casi degli art. 193 e 500†287 e 564. Noi dividiamo una tale opinione, imperocchè non sarebbe affatto giusto abbandonare all' arbitrio della parte lo stabilire un termine, ch'essa potrebbe, nel proprio interesse, abbreviare in un modo da porre la parte contraria nella impossibilità di comparire.

1655. *Gli atti fatti contro il divieto delle disposizioni dell' art. 457, sono forse nulli?*

Che sì, perciocchè quando la legge sospende le procedure, ciò avviene per motivi gravi, tali da non permettere di considerare le sue disposizioni come semplicemente comminatorie. — (*Perrin, Trattato delle nullità, pag.* 225, *e* 226.)

Art. 458†522. *Quando l'esecuzione provvisionale non sia stata pronunziata ne' casi in cui la legge l'autorizza, la parte appellata può con un semplice atto farla ordinare all' udienza prima del giudizio sull' appello* (1).

T. 148, — C. di P. art. 136, 137, 449, 453.

[6. Lsonde, in fatto di espropriazione, l' appello dalla sentenza che rigetta una dimanda d' intervento, è siffattamente sospensivo, che ne risulta la nullità di tuttocciò che sarebbesi ulteriormente praticato. — (*Brusselles*, 19 *giugno* 1823; *Ann. di Laporte*, *anno* 1824, *vol.* 2, *pag.* 2c5)].

(1) GIURISPRUDENZA.

1. Non appartiene al giudice di prima istanza di ordinare la continuazione delle procedure, sotto pretesto che l' appello interposto non fosse più ammissibile, per essersi dall' appellante prestata acquiescenza al giudicato; ma soltanto ai giudici superiori appartiene il pronunziarla. — (*Cassaz.* 7. *gen.* 1818, *Bullet. offic. del* 1818, *pag.* 8).

2. L' art. 458 † 522 non ha limitato le facoltà delle corti di appello di ordinare l' esecuzione provvisionale di una sentenza avverso la quale si è p:odotto appello quando essa non è stata ordinata da' primi giudici. Perchè queste corti possano ordinarla basta ch'essa sia autorizzata dalla legge. — (*Rennes* 21 *dicembre* 1809.)

Trattavasi in detta specie della esecuzione di

1656. *Puossi dimandare l'esecuzione provvisionale nel giudizio di appello, allorchè tale dimanda non si è fatta in prima istanza?*

Noi diremo, secondo la soluzione data alla quistione 581, tom. 1, essere inutile dimandare la esecuzione provvisionale nel giudizio di appello, allorchè trovasi pronunziata dalla legge, senza imporre al giudice di ordinarla. Allora infatti essa ha luogo di pieno dritto. Ma nel caso in cui la legge, autorizzando siffatta esecuzione, esige nulladimeno che il giudice la ordini, non potrassi dimandare l'esecuzione provvisionale nel giudizio di appello. Tale almeno fu la decisione della corte di Brusselles, del 14 dicembre 1808 (*ved. Sirey, tom. 9, pag. 55*), la quale giudicò che l'art. 439†648 e 650 leg. di com. lasciando a' giudici di commercio la facoltà di ordinare o pur no la esecuzione provvisionale, non possono costoro in conseguenza pronunziare a tal riguardo che dietro dimanda delle parti, e quindi siffatta esecuzione non può accordarsi in grado di appello, se non sia stata richiesta innanzi a' primi giudici.

Questa decisione trovasi uniforme alla soluzione data sulle quistioni 583, e 1547.

1657. *La parte deve forse citare nella specie indicata nell' art. 458?*

No, poichè l'articolo 458 stabilisce che l'intimato può far ordinare l'esecuzione dietro un semplice atto, val dire, con un atto da patrocinatore a patrocinatore, con citazione a comparire all'udienza, onde sentir pronunziare sulla dimanda.

1658. *Quali sono le regole che debbono seguire i giudici di appello in risguardo alla dimanda di esecuzione provvisionale?*

Essi debbono uniformarsi alle disposizioni dell'art. 135 † 226 — (*Ved. le nostre quistioni su questo articolo.*)

ART. 459 † 523. *Se l'esecuzione provvisionale è stata ordinata ne' casi non contemplati dalla legge, l'appellante può ottenere una inibitoria all' udienza, citando a tale oggetto la parte a breve termine. Questa inibitoria non si accorderà mai sopra dimanda che non sia stata comunicata* (1).

una sentenza che ordinava un' esame. La corte ordinò l'esecuzione provvisionale considerando che, nella specie, la pruova poteva da un momento all'altro disperdersi, e che la compilazione dell'esame non poteva nuocere ad alcuna delle parti; esistendo sempre l'appello dalla sentenza con cui fu ordinato.

T. 148. — C. di C. art. 439 e 467 — Ordinan. del 1667, tit. 27, art. 16 — C. di P. art. 135, 136, e 460.

1659. *I giudici possono vietare la esecuzione, se la causa fosse nello stato di esser decisa nel merito?*

Noi nol crediamo, pel motivo che in una sentenza niente debb' esservi d'inutile; or trovandosi la causa nello stato di esser decisa nel merito, è evidente che la decisione d'inibitoria non produrrebbe verun utile effetto. In tal modo benanche giudicò nel 1807 la corte d'Aix — (*Ved. la giurisprudenza del codice civile, tom. 8, pag. 462*)

1660. *I giudici possono riunire alla decisione sul merito quella sulla dimanda per ottenere la inibitoria?*

IN ALTRI TERMINI: *possono riservarsi di decidere relativamente alla inibitoria nello stesso tempo che decideranno sulla quistione di conoscere se l'appello sia bene o mal fondato?*

Siffatta procedura è evidentemente contraria alla lettera ed allo spirito della legge, la quale ha precisati i casi in cui debbono o pur nò accordarsi le inibitorie, e che vuole conseguentemente, come osserva Pigeau, al tom. 1, p. 577, che venga pronunziato nel momento in cui le inibitorie sono dimandate, e senza riserva di spese. Ed in vero, siffatta dimanda trovasi assolutamente distinta dal merito della causa, e dev' essere preliminarmente giudicata.

1661. *È necessario forse, per proporre le eccezioni contro la dimanda per la soprassessoria, che l' intimato costituisca patrocinatore?*

Propriamente parlando, non essendo il caso di dare le conclusioni, e d' altra parte accordandosi la citazione a breve termine, sembra agli scrittori del Pratico, tom. 3 pag. 132, che l' intimato può difendersi senza il ministero del patrocinatore, quantunque sia più regolare adoperarlo. Noi crediamo all' opposto, come Berriat Saint-Prix, pag. 426, esser indispensabile che la parte sia rappresentata da un patrocinatore; perciocchè non potrebbesi sostenere che il codice abbia esentato le cita-

(1) Vedi il nostro Trattato sulle leggi organiche e di competenza, pag. 29, alla nota.

zioni a breve termine dalla costituzione di patrocinatore, nè che abbia in alcun caso dispensato le parti dall' assistenza di questo uffiziale ministeriale, voluto imperiosamente dall' art. 85 † 180. D' altronde ciò verrebbe provato tanto dall'art. 76 del codice, che dagli art. 76, 81, e 148 della tariffa.

1662. *Se l' intimato si rende contumace, può fare opposizione alla decisione che accorda la inibitoria ?*

Si ; ma allora l' appellante può dimandare che la sospensione abbia luogo provvisoriamente, non ostante opposizione. (*V. il Prat. franc. nel luogo sopra citato.*) Può fare la stessa dimanda per la sospensione provvisoria, allorchè l'intimato reclama ed ottiene il differimento della causa ad un altro giorno. — (*Ved. Pigeau, tom. 1, pag. 577.*)

1663. *Potrebbesi forse accordare la inibitoria su di una domanda comunicata soltanto al ministero pubblico ?*

Commaille, al tom. 2, pag. 15, sostenendo con l' art. 459, non potersi accordare la inibitoria *sopra domanda non comunicata*, aggiunge queste parole, *al ministero pubblico*. Sarebbe a credersi da ciò, che la inibitoria potrebbe accordarsi dietro la semplice comunicazione della dimanda al magistrato che adempie questo ministero; ma sarebbe evidentemente un errore. L' art. 459 ha inteso parlare di una dimanda non comunicata *alla parte*, dappoichè la comunicazione al ministero pubblico è voluta di dritto — (*Ved. Demiau Crouzilhac, pag. 329.*)

1664. *Per ottenere una inibitoria può una parte dispensarsi di citare a breve termine, quando l'appello è interposto, ed i termini sono spirati senza costituzione di patrocinatore ? È vietato forse, senza attendere il numero del ruolo, di presentare una istanza onde facciasi dritto sulla disposizione che accorda la esecuzione provvisionale ?*

A qual prò direbbesi, sostenendo la negativa, una citazione a breve termine, allorchè i termini per la prima citazione sono già scaduti ? Ben comprendesi che se il patrocinatore degl' intimati tarda a costituirsi, ciò avviene per dar tempo a' suoi clienti onde adempiere alla esecuzione provvisionale.

Ma si risponde, che l'art 159 formalmente esige la citazione a breve termine, e l' esige per una ragione evidente di giustizia; cioè, che l' intimato non può, come l' appellante, presumersi sempre pronto a rispondere ad ogni dimanda diretta contro di lui. Bisogna dunque che resti avvertito da quella colla quale si cerca di ottenere una inibitoria, e che abbia inoltre un tempo sufficiente per rispondervi ; il che non sarebbe., se questa dimanda potesse esser ammessa dietro una semplice istanza.

1665. *Il permesso di citare a breve termine accordato dal presidente, arresterebbe forse l' esecuzione ?* O CON PIU' PRECISIONE : *il presidente può forse accordar il permesso, colla clausola di rimaner le cose* NELLO STATO IN CUI SONO, *di modo che questa enunciazione basti ad arrestare la esecuzione ?*

Dicesi per l' affermativa che se l' ordinanza del presidente non fosse sospensiva, avverrebbe che la sentenza eseguita senza cauzione porterebbe un danno irreparabile nel diffinitivo ; che nel silenzio della legge, l' equità deve esser la regola, la quale vuole in questo caso che la ordinanza abbia un effetto sospensivo ; che conseguentemente il presidente può ordinare che *le cose resteranno nello stato in cui sono;* che ciò non importa affatto contrariare l' art. 459, in quanto che esige una decisione d' inibitoria, rimanendo sempre necessaria siffatta decisione, onde possa arrestarsi la esecuzione sino alla sentenza diffinitiva ; che perciò il presidente può far dritto alla dimanda secondo queste conclusioni, laddove gli si addimostra che la esecuzione fu ordinata fuori de'casi preveduti dalla legge, che il danno che ne risulterebbe sarebbe irreparabile, sia per causa d'insolvibilità della parte a dimanda della quale farebbesi la esecuzione, sia diversamente ; e che finalmente non vi ha urgenza in cosiffatta esecuzione.

Noi rispondiamo, e questi sono i motivi pei quali i presidenti delle corti reali di Rennes si ricusano costantemente di aderire a simili dimande, che l' art. 459 concedendo la facoltà di ottenere la inibitoria, soltanto una decisione inibitoria può arrestare la esecuzione; che la dimanda non è che un mezzo, una formalità necessaria per ottenere questa decisione; che niuna legge stabilisce che la citazione accordata sulla dimanda, sarà sospensiva, e che finalmente la esecuzione di una sentenza che presenta in suo favore la presunzione di essersi ben giudicato, può rimaner paralizzata soltanto coll'autorità dell' intera corte.

1666. *Può accordarsi la inibitoria sul mo-*

tivo che l'esecuzione provvisionale non sia stata dimandata in prima istanza ?

Abbiamo detto al n. 583 che la esecuzione provvisoria dev' esser dimandata ; ma non è conseguenza di ciò che il giudice di appello sia autorizzato ad accordare la inibitoria , allorchè questa esecuzione fosse stata ordinata senza dimanda. In effetti l' art. 459 non accorda questa facoltà che nel caso in cui l' esecuzione siasi ordinata fuori delle circostanze prevedute dalla legge: basta dunque, per non accordare la inibitoria, che l' esecuzione fosse stata ordinata in una di siffatti casi, ed allora importa poco che la parte non abbia fatto la dimanda dinanzi i primi giudici.

Art. 460 † 524. *In niun'altro caso può accordorsi inibitoria , nè farsi alcuna determinazione tendente a sospendere direttamente o indirettamente l' esecuzione della sentenza , sotto pena di nullità* (1).

C. C. art. 1319.—C. di C. art. 647.—C. di P. art. 478 , 497.

CCCLXXXI. Era stato formalmente proibito dall' ordinanza del 1767, alle corti supreme , ed a' Parlamenti benanche, d'infrangere le regole ch'essa stabiliva riguardanti la esecuzione delle sentenze, ma bentosto si cessò di rispettarle.

I primi giudici, sotto pretesto che la propria coscienza li faceva sicuri della rettitudine delle loro sentenze , erano disposti ad ordinarne la esecuzione provvisionale ; ed i giudici superiori , nell' esercizio della loro autorità , rendevansi troppo facili a *sospendere* l' effetto delle sentenze loro sottomesse. In questo conflitto, ed in tale confusione di poteri, ciascuna parte metteva tutto in opera per ottenere la esecuzione provvisionale o la sospensione.

(1) GIURISPRUDENZA.

I tribunali non possono nè sospendere nè modificare l' esercizio dell' arresto personale , fuori del caso previsto dalla legge. Perciò non possono accordare ad un debitore carcerato la sua libertà provvisoria , neppur sotto la vigilanza di una guardia di commercio , e previa cauzione di presentarsi novellamente allorchè ne sarà richiesto. Invano si allegherebbe il motivo di facilitar così al debitore i mezzi di accelerare una liquidazione la quale dee somministrargli di che pagare i suoi creditori, — (*Parigi*, 6 *febbraio* 1819 ; *Sirey, tom.* 19 , *pag.* 195.)

Noi siamo lontani da quei tempi in cui i magistrati delle corti supreme , partecipando dell' autorità legislativa , credevano benanche esser rivestiti di un potere illimitato nell' amministrazione della giustizia. Basterà per i nostri attuali magistrati , che si onorano di esser i più scrupolosi osservatori delle regole , espor loro quelle dettate dal pubblico vantaggio , perchè siffatte regole addivengano il loro più caro e più sacro dovere.

Il nostro codice fa conoscere coll' art. 17† 120,135†226,439†648,e 650 del cod. di comm., 457†521 , e 458†522 i casi in cui la esecuzione provvisionale può essere pronunziata o sospesa. Esso semplifica le forme per procedere dinanzi i giudici di appello, relativamente a siffatta esecuzione; e se essi la sospendono senza esservi autorizzati , l' art. 460 pronunzia la nullità delle loro decisioni.—(*Esposizione de' motivi*) (2).

1667. *I giudici di appello possono sospendere la esecuzione della sentenza , qualora fosse arguita di falso?*

Siffatta quistione sembra risoluta per l' affermativa dalla seconda dispsizione dell' art. 1319 † 1273 del codice civile.

1668. *Se fuori dei casi menzionati nell' art. 459 i giudici di appello non possono accordare la inibitoria , possono almeno accordore il permesso di citare straordinariamente a giorno ed ora fissa , per discutere l' appello ?*

Sì , ma solamente nel caso in cui la sentenza emana da un tribunale di commercio : ciò appunto è quanto risulta dall' art. 647 del codice di commercio che conviene riavvicinare all' art. 460 del codice di procedura.

Art. 461 † 525. *Qualunque appello, anche da sentenza pronunziata dietro procedura scritta , debb' essere portato all' udienza , salvo che il tribunale non ne ordini l'istruzione in iscritto, se vi ha luogo.*

C. di P. art. 95, e seg. 809.

CCCLXXXII. Era consuetudine negli antichi Parlamenti , di appuntare una informazione in iscritto per tutti gli appelli dalle sentenze pronunziate dietro una simile istruzione. Questo era uno dei più riprovevoli abusi nell' antica procedura , e che il nostro art. 461 ha fatto cessare , disponendo che sì dinanzi ai

(2) Vedi il nostro Trattato sulle leggi di organizzazione e competenza, pag. 29.

giudici di appello, come innanzi a quelli di prima istanza, tutte le cause debbono portarsi all' udienza; di maniera che accade sovente che nel caso in cui i primi giudici avessero pronunziato sopra una istruzione per iscritto, i giudici di appello trovano la causa o sufficientemente chiarita, o ridotta a punti tanto semplici da potersi terminare all' udienza. Sarebbe inutile dimostrare il vantaggio che siffatta innovazione procura alle parti, accelerandone la superiore decisione ed economizzando le spese.

1669. ***I giudici di appello potrebbero forse sopra semplici conclusioni motivate, ordinare che una causa istruita per iscritto in prima istanza, lo sia nella stessa maniera in appello?***

Poichè una causa, quantunque istruita per iscritto o giudicata su i documenti rilasciati al tribunale di prima istanza, debb' esser così giudicata in appello, nel solo caso in cui non fosse nello stato di esser decisa dietro semplici aringhe delle parti, è indispensabile che queste espongano prima di tutto i fatti e loro ragioni.

Non basterebbe dunque domandare con semplici conclusioni motivate, per esempio, sul perchè la causa presenta molte quistioni di fatto, la cui decisione dipende da lunghe discussioni, che questa causa sia istruita per iscritto, o che siano rilasciati i documenti al tribunale, ma è necessario discutere la causa ad oggetto di mettere il giudice in grado di conoscerne la necessità — (*Ved. la decisione della corte di Rennes del* 15 *luglio* 1808.)

Deesi riflettere, che se la corte ordina che le siano rilasciati i documenti, ovvero ordina la istruzione per iscritto, convien seguire, in conformità dell' art. 470 † 534, le formalità prescritte dagli art. 93 e seg. — (*Ved. le nostre quistioni su questi articoli*).

ART. 462 † 526. *Entro giorni otto dalla costituzione del patrocinatore fatta dalla parte appellata; l'appellante dee notificare i suoi gravami contro la sentenza, la parte appellata vi risponde entro gli otto giorni successivi, indi si fa luogo all' udienza senz' altro procedura* [a].

C. di P. art. 85, 456, 1031.

(a) GIURISPRUDENZA.

[Non può un' appellante, proponendo soltanto un motivo di appello, dimandare che vi si faccia dritto, e riserbarsi di far in seguito pronunziare su li altri. — (*Brusselles*, 8 *febb.* 1822, *Ann. di Lepoite, anno* 1822, *pag.* 297)]

CCCLXXXIII. Quivi la legge riduce gli atti che possono precedere l'udienza a quelli so'i riputati indispensabili, e proibisce qualunque altra procedura la quale oltrepassi i due atti da essa autorizzati, dichiarando in tal guisa che tali atti sieno ridotti a quelli che sono di assoluta necessità, non accordando che termini brevissimi per somministrarli.

1670. *L' appellante è forse obbligata di notificare le ragioni de' suoi gravami, sotto pena di decadere dal dritto di discuterli all' udienza?*

No; poichè, rispetto alla notificazione delle ragioni de' gravami ed alle risposte alle medesime, vale lo stesso come per gli atti di difesa e di risposta, che sono puramente facultativi; ed in fatti, l' art. 470 vuole che le regole stabilite per i tribunali inferiori siano osservate ne' tribunali di appello, or in questi tribunali è in libertà delle parti notificare tanto gli atti di difesa che le risposte — (*Ved. le nostre quistioni su gli art.* 77, 79, *ed* 80, *molte fra le medesime possono ricevere la loro applicazione in appello*).

Per la verità presentasi un' obiezione contro siffatta opinione, cioè che la notificazione delle ragioni de' gravami interessa l' intimato al quale si fanno con ciò conoscere i mezzi di difesa che si ha in mente di opporgli, e che in nessun modo egli conosce prima della udienza, poichè è uso costante oggigiorno, come abbiamo stabilito sulla quistione 1648, che l' atto di appello non ha bisogno di esser motivato.

Noi rispondiamo che le discussioni che ebbero luogo in prima istanza han dovuto sufficientemente istruire l' intimato de' gravami che l' appellante può aver ad opporgli. Del rimanente, tutt' i commentatori del codice han professata questa dottrina — (*Ved. fra gli altri Pigeau, tom.* 1. *pag.* 583.)

1671. ***Potrebbesi, dopo i termini indicati, notificare le ragioni de' gravami o le risposte?***

Che sì, senza dubbio, poichè il codice non ritiene nè la irricettibilità, nè la nullità che pronunziava l' ordinanza, e che diggià non era più in uso, siccome fu osservato da Berriat Saint-Prix, alla pag. 423, not. 73. Ma è certo almeno che tali atti notificati fuori termine non entrerebbero in tassa.

ART. 463 † 527. *L' appello dalle sentenze pronunziate in cause sommarie è portato all' udienza con un semplice atto senz' altra procedura. Lo stesso ha luogo per l' appello dalle altre sentenze, se la parte appellata non comparisce.*

C. di P. art. 82, 404 — C. di C. art. 684.

CCCLXXXIV. Siffatta disposizione è una conseguenza di quella dell' art. 405†498, il quale vuole che le materie sommarie vengano giudicate all' udienza, decorsi i termini della citazione, dietro un semplice atto, senz' altra procedura o formalità. I motivi sui quali poggia questo articolo (*ved. il comment. supra, pag.* 126) con maggior ragione erano applicabili alle cause di appello. Epperò, giusta lo articolo 463, se l' appello non ha per oggetto che una causa sommaria, è sufficiente che i gravami siano esposti all' udienza. Questa è la sola procedura da ammettersi da' tribunali di prima istanza, allorchè trattasi degli appelli dalle sentenze delle giustizie di pace, e dalle corti di appello per le sentenze de' tribunali di commercio, dappoichè tali appelli per espressa disposizione di legge sono essenzialmente sommari — (*Cod. di Proced. art.* 404 † 497, *cod. di comm. art.* 684.)

Dicasi lo stesso quando la parte appellata non ha costituito patrocinatore nel giudizio di appello. Basta allora che i gravami siano esposti all' udienza; ed in fatti qualunque scrittura in simil caso rendesi superflua.

1672. *Se l' intimato il quale non è comparsa, val dire, che non ha costituito patrocinatore, formasse opposizione alla decisione contumaciale renduta contro di lui, vi sarebbe luogo ad esibir le scritture?*

Delaporte, tom. 2. pag. 22, fa qui una distinzione tra le decisioni pronunziate in contumacia di parte, per non essersi costituito patrocinatore, e quelle pronunziate in contumacia di patrocinatore; ma non devesi aver riguardo che alla prima ipotesi, a norma della spiegazione data alla precedente quistione. Niuno dubiterà certamente che in siffatta ipotesi possano esibirsi entrambe le scritture, poichè l' atto di opposizione racchiudendo citazione con costituzione di patrocinatore, mette le parti nel medesimo stato in cui l' art. 462 † 526 le suppone.

ART. 464 † 528. *Nelle cause di appello non può esser proposta alcuna nuova dimanda, salvochè si tratti di compensazione, o che la nuova dimanda vesta il carattere di una eccezione contra l' azione principale.*

Possono però dimandarsi in appello interessi, arretrati, affitti ed altri accessori scaduti dopo la sentenza profferita in prima istanza, ed anche i danni ed interessi per lo pregiudizio sofferto dopo la detta sentenza (1).

Leg. del 3 brumaio, anno 2, art. 7 — C. di P. art. 726 — C. C. art. 547, e seg., 1146 e seg., 1289 e seg., 1728, 1905, 2227 — Supra, tom. 1. pag. 237, e quist. 751.

(1) GIURISPRUDENZA.

1. Allorchè dopo la sentenza di prima istanza interviene una transazione tra le parti, ed indi avverso la sentenza si produce appello, la quistione, se fu compreso nella transazione l' ammontare delle condanne pronunziate con detta sentenza, non appartiene a' giudici di appello; altrimenti sarebbe lo stesso che saltare un grado di giurisdizione, poichè i primi giudici non avrebbero presa cognizione della causa. — (*Cassaz.* 16 *feb.* 1816; *Sirey*, *tom.* 16, *pag.* 159.)

2. Non si è ammesso a dimandare in grado di appello, che le parti le quali hanno fatta la divisione tra loro in forza di una sentenza impugnata con questo mezzo, *rilasciassero* i fondi compresi nella loro porzione; perciocchè questa sarebbe una novella dimanda. — (*Rennes*, 13 *feb.* 1811.)

3. Non si può del pari produrre per la prima volta in grado di appello, una dimanda di surrogazione alle procedure di un pegnoramento d' immobili — (*Torino*, 24 *luglio* 1810; *Sirey*, *tom.* 11, *pag.* 51, *ed appresso art.* 721 † 806, *e* 722 † 807.)

4. Ma si può dimandare in appello la separazione de' patrimoni, essendo questo piuttosto un nuovo mezzo che una nuova dimanda. — (*Liegi*, 10 *feb.* 1807; *Sirey*, *tom.* 7, *parte* 2, *pag.* 697).

5. È lo stesso della dimanda per annullare un testamento. — (*Grenoble*, 25 *luglio* 1810; *Sirey*, *tom.* 11, *pag.* 377).

6. Sebbene si può in appello formare una dimanda per risarcimento do' danni ed interessi cagionati dal danno sofferto dopo profferita la sentenza da cui si è appellato, non si può produrre una simile dimanda a cagione de' ritardi e degli ostacoli i quali avessero avuto luogo prima di questa sentenza. — (*Cassaz.* 18 *aprile* 1820; *Sirey*, *tom.* 2, *pag* 22, 224).

7. Colui il quale ha dimandato in prima istanza la restituzione di una somma di danaro, fondandosi sul motivo che detta somma fosse stata pagata senza una giusta ragione, non può in appello

CCCLXXXV. Nessuna nuova dimanda, val dire niuna dimanda che non sia stata compresa nell' azione introdotta in prima istanza, può preporsi nel giudizio di appello; perciocchè sarebbe lo stesso che oltrepassare questo primo grado di giurisdizione, e violare la disposizione della legge del 1 maggio 1790 (1). Ma la legge fa una eccezione per quei casi in cui trattasi di compensazione, e nei quali la nuova dimanda presentasse una eccezione contro l' azione principale. In effetti in simile circostanza è meno quistione di una dimanda, che di eccezioni essenzialmente diverse dall'azione ch'esse hanno per oggetto di ribattere. — (*Ved. le quist.* 1673 *e* 1677).

Nettampoco la legge considera come nuova dimanda tutto ciò ch' è soltanto accessorio; come gl' interessi, gli arretrati e le pigioni scadute dopo la sentenza di prima istanza, come pure i danni ed interessi per lo pregiudizio sofferto dopo la detta sentenza. Siffatte dimande, le quali sono ancora essenzialmente dipendenti dalla controversia portata innanzi a' giudici di appello, posson essere giudicate da essi senza alterare il principio, *tantum devolutum, quantum appellatum*; dappoichè pronunziandovi, non usurpano affatto la giurisdizione de' primi giudici, i quali non han potuto conoscere di niuno di questi oggetti, quantunque tutti relativi alle dimande principali (2).

1673. *Che cosa intendesi per nuova dimanda secondo l' art. 464, e quali sono in generale tutte le conclusioni che possono darsi ne' giudizi di appello, senza che abbiasi a temere l eccezione d'inammissibilità risultante dal motivo che l'articolo vieta tanto qualunque nuova dimanda, quanto le eccezioni che questa regola comporta* — o, *in termini più generali, qual è il senso dell' art.* 464 ?

Dal testo dell' art. 464 risulta evidentemente che qualunque azione la quale ha per iscopo essenziale ed immediato di distruggere la dimanda o le pretensioni della parte avversa, è autorizzata in grado di appello, anche quando non se ne fosse fatto uso dinanzi ai primi giudici.

Tal è la regola generale che gli scrittori deducono dalla disposizione dell' art. 464. — (*Ved. gli Annali del not. Comm. sul codice di proced. tom.* 3, *pag.* 181).

Essa è fondata primieramente sul motivo che l' appello è autorizzato non solo per ri-

spiegare che questa mancanza di giusta ragione consista in ciò, che *il reo convenuto non è figlio legittimo*, nè dimandar di provare la sua illegittimità. È questa *una dimanda nuova* anzi che una difesa o giustificazione della prima dimanda. — (*Cassaz.* 18 *aprile* 1820; *Sirey*, *tom.* 22, *pag.* 224.)

8. Se il padre di un figlio naturale, contro cui è diretta dalla madre una dimanda di alimenti, litiga in prima istanza soltanto relativamente alla loro quantità, non può poi essere ammesso in appello a provare non essere egli il padre, ed impugnare lo stato del fanciullo. — (*Colmar*, 11 *marzo* 1820; *Sirey*, *tom.* 22, *pag.* 224).

9. Un' individuo ch'è parte in un giudizio d'appello, non può proporvi alcuna conclusione contra un altra parte la quale, per rispetto a lui, non ha sofferta alcuna condanna, e contro la quale d' altronde, cotesto individuo non aveva conchiuso in prima istanza. — (*Rennes*, 13 *agosto* 1813.)

10. Non si può procedere in appello, che nella qualità già presa innanzi a' primi giudici. Perciò colui il quale in prima istanza è stato assoluto da una dimanda formata contro di lui personalmente, non può esser condannato in appello in qualità di erede. — (*Brusselles*, 9 *marzo* 1811; *Sirey*, *tom.* 11, *pag.* 321).

11. Nondimeno è permesso ad una parte la quale in prima istanza intentò una dimanda, tanto personalmente in suo nome, quanto in nome di un terzo, di restringere questa dimanda nel suo interesse. — (*Cassaz.* 1. *settembre* 1813; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 67).

Niuno può proporre per la prima volta in giudizio di appello motivi di nullità contro un esame testimoniale non impugnato in prima istanza (*Colmar*, 20 *feb.* 1811; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 305); nè contro un atto di citazione, la cui nullità non fosse stata prodotta in prima istanza. — (*Cassaz.* 6 *ottobre* 1806; *Sirey*, *tom.* 6, *pag.* 460).

Queste decisioni sono la natural conseguenza dell' articolo 172 † 267, a motivo che esso impone alle parti l' obbligo di far uso de' mezzi di nullità prima di qualunque difesa o eccezione.

(1) Vedi il nostro Trattato sulle leggi di organizzazione e di competenza art. 16.

(2) Queste disposizioni dell' art. 464 † 528 sono uniformi a quanto prescrivevano le leggi romane; *Per hanc divinam santionem decernimus, ut licentia quidem pateat, in exercendis consultationibus, tam appellatori quam adversae parti, novis etiam assertionibus utendi, vel exceptionibus quae non ad novum capitolum pertinent, sed ex illis oriuntur, et illis conjuctae sunt, quae apud anteriorem judicem nascuntur propositae* . . . . (*Ex leg.* 4, *Cod. de tempore et reparat. appel*).

mediare agli errori ed alle omissioni del giudice, ma ancora per riparare quelli delle parti — (*Ved. Berrial Saint-Prix*, *pag.* 404, *not.* 4, *pag.* 429, *not.* 98, *e sopra pag.* 156.)

In secondo luogo è poggiata sul motivo, che una eccezione, propriamente parlando, non è una dimanda, e che la difesa derivante dal dritto naturale, deve permettersi ad una parte di esercitarla in ogni tempo e nel modo che essa giudica più conveniente.

Finalmente questa regola è applicata costantemente dalla corte di cassazione, come può ognuno accertarsene per mezzo di moltissimi esempi compresi nella raccolta de' suoi arresti, di cui riportiamo i principali nella sottoscritta nota (1).

Da tuttocciò chiaramente ne siegue, che una dimanda non può considerarsi come veramente nuova, e quindi non suscettibile di esser prodotta in appello, se non quando non può riappiccarsi in alcun modo alle conclusioni proposte in prima istanza, e limitate ad un oggetto evidentemente più determinato ed esclusivo di qualunque altra discussione.

Di ciò fanno ancor prova le decisioni che han rigettate, come nuove dimande, conclusioni prodotte per la prima volta in grado di appello (2). Tutte son motivate sulla man-

(1) Secondo questi arresti non vi è nuova dimanda:

1. Allorchè un coerede dimanda in appello che l'attore primitivo sia obbligato di prendere nell'eredità beni diversi da quelli ch'egli aveva reclamati: questa non è una nuova dimanda, ma un eccezione alla dimanda primitiva. — (23 *frimaio anno* 9, *Sirey*, *tom.* 1, *part.* 2, *pag.* 283, *Berriat-Saint-Prix*, *pag.* 430, *nota* 101).

2. Vale lo stesso quando un erede legittimo, il quale ha sostenuto in prima istanza esser nullo il legato dell'usufrutto di un fondo, produce in appello una decisione da cui risulta, che il fondo non apparteneva al testatore. — (5 *nevoso anno* 13, *nuovo Repert*, *alla parola* Testamento, *sezione* 3).

3. Quando essendosi dimandata in prima istanza la rescissione di un contratto di vendita per causa di lesione, si conchiude in appello per la nullità a motivo della mancanza di pagamento. — (*Cassaz.* 2 *luglio* 1806, *Sirey*, *tom.* 6, *parte* 1, *pag.* 353).

4. Quando un creditore dimanda in appello la *nullità* della iscrizione di un altro creditore collocato prima di lui dalla sentenza di graduazione pronunziata dal tribunale di prima istanza. — (16 *ottobre* 1808: *Sirey*, 1809, *part.* 1, *pag.* 98).

5. Allorchè dopo di aver dimandato il rilascio de' beni, per causa della nullità di un primo testamento, l'erede produce in appello un secondo testamento, in cui egli benanche è istituito erede. (23 *gennaio* 1810, *Denevers*, *pag.* 275).

6. Allorchè il primo giudice ha dichiarata una vendita ipotecata a' creditori dell'intimato, l'appellante propone *una nullità* contro l'iscrizione. — (6. *giugno* 1810, *Denevers*, *pag.* 275).

7. Quando il compratore dimanda in appello che la vendita sia dichiarata nulla per essere simulata, avendo conchiuso in prima istanza per la nullità delle offerte fatte dal venditore cha avea dritto al riscatto. — (18 *gennaio* 1814; *Sirey*, *pag.* 161).

» Considerando, dice la corte, che il convenuto, facendo eccezione colla simulazione dell'atto, non formava una nuova dimanda nel senso » dell'art. 464 † 528 del codice di procedura, ma » proponeva unicamente questa eccezione come mezzo di difesa all'azione per lo rilascio, esercitata » dall'attore contro di lui. »

8. Allorchè la parte la quale avea dimandata in prima istanza la nullità di un incanto per allenazione volontaria, a motivo d'insufficienza della cauzione, dimanda in appello, che questo incanto sia dichiarato inammissibile in ragione della natura della vendita, ciò non è formare *una nuova dimanda*, ma proporre *un nuovo mezzo*. — (*Bourges*, 26 *gen.* 1822; *Sirey*, *tom.* 22, *pag.* 236).

9. Allorchè formasi una dimanda in appello ad oggetto di far determinare da' periti il prezzo di un affitto verbale impugnato, la medesima non è che una eccezione alla dimanda principale.

10. Allorchè la dimanda principale è fondata sulla pretensione di una vedova di esser considerata come se avesse rinunziato alla comunione, se l'appellante offre di provare che la medesima ha sottratto gli effetti della comunione, e debbe quindi dichiararsi decaduta dal beneficio della rinunzia, questa dimanda altresì non è che la difesa alla dimanda principale. — (*Rennes*, 11 *agosto* 1817).

I motivi di quest' ultima decisione sono particolarmenta da osservarsi.

(2) 1. *Decisione del* 22 *febbraio* 1809. (*Vedi Sirey*, *parte* 1. *pag.* 151). Questa decisione stabilisce che una dimanda di rescissione di una vendita d'immobili per fatto di lesione, a quella pel rilascio degl' immobili stessi, per fatto di pegnoramento, erano essenzialmente diverse pe' risultamenti che queste azioni dovevano avere; che l'ultima non poteva essere esplicitamente compresa nella prima, nè riguardarsi come un mezzo nuovo che le servisse di base, ma che essa stessa era azione principale ed indipendente. . . .

2. *Decisione del* 22 *luglio* 1809. (*Vedi Sirey*, *tom.* 9, *parte* 1., *pag.* 344). Un tribunale di commercio non avea pronunziato che sulla nomina di due arbitri in luogo di quelli che aveano rinunziato. Sull' appello, la parte la quale avea provocata questa surrogazione, forma per la prima volta una dimanda per l'indennità di 3000 franchi. La

canza di legame colla dimanda primitiva giudicata in prima istanza (1).

1674. *Dimandare per la prima volta in grado di appello, e per motivo di dolo e di frode, l'annullamento di un atto che serve di base alle condanne pronunziate in prima istanza*, vale lo *stesso forse che proporre* una nuova dimanda?

La presente quistione fu nella corte *di Rennes* oggetto di una profonda discussione in una specie ove trattavasi dell'appello da una sentenza, la quale avea dichiarato validi i sequestri presso terzo fatti in virtù di una convenzione stipulata tra il sequestrante ed il sequestratario.

L'intimato opponeva che la dimanda di annullamento era una nuova dimanda. L'appellante pretendeva all' opposto trovarsi nel caso delle differenti specie, alle quali la corte suprema ha applicato la eccezione stabilita dall' art. 464 — (*Ved. la not.* 3, *pag.* 250 *e la nota appresso*).

Siffatta quistione essendo di tal natura da potersi sovente riprodurre, crediamo tanto più utile sviluppare le ragioni le quali militano in favore dell'appellante, e che la corte di *Rennes* ritenne, rigettando la eccezione d' inammissibilità, in quanto che colla decisione del 14 gennaio 1817 la stessa corte avea giudicato in un senso contrario.

Si è osservato che l'azione principale sulla quale i primi giudici avean dovuto pronunziare, era una dimanda per la validità de' sequestri presso terzo, fatti in virtù di una convenzione intervenuta tra le parti, la cui esecuzione questi sequestri avean per oggetto.

Ma un azione per annullamento dell' atto che serve di base a' sequestri, è incontrastabilmente il primo ed il più sicuro mezzo che si possa opporre contra la dimanda per la validità di siffatti sequestri; dappoichè la medesima costituisce veramente una eccezione contro questa dimanda, che ha per iscopo di renderla senza effetto; epperò puossi produrla in grado di appello, non solamente a norma del testo formale dell' art. 464, ma ancora giusta i principî ammessi in tutti i tempi. Infatti fu sempre una regola, che qualunque eccezione perentoria, alla quale una parte non ha formalmente rinunziato, può proporsi in qualunque stato dalla causa, anche in grado di appello — (*Ved. Duparc*, *tom.* 9, *pag.* 85; *il Trattato di proced. di Thomines*, *pag.* 11, *e la quist.* 751).

L'autore del nuovo Repertorio, alla parola *eccezione*, tom. 2, pag. 803, spiegasi su tal punto nel modo il più preciso.

» In risguardo alle eccezioni perentorie,
» possono, egli dice, esser proposte in qua-
» lunque stato della causa; *possono benan-*
» *che proporsi in appello*, *allorchè sono state*
» *omesse in prima istanza* ».

E quel che importa di osservare, nella specie in esame, si è che il detto scrittore dà per esempio di queste eccezioni che le parti non sanano col loro silenzio, precisamente le dimande per la nullità del titolo sul quale poggiasse l'azione, ed i mezzi di dolo e di frode. Egli così esprimesi, alla pag. 802.

» Le eccezioni sono tutt' i mezzi che il
» convenuto può opporre contro la sostanza
» della dimanda, sia perchè l'attore man-
» chi di titoli, sia perchè IL SUO TITOLO È
» NULLO, SIA PERCHÈ È L' EFFETTO DELLO
» ERRORE, DEL DOLO, DELLA VIOLENZA ».

Tal era esattamente la specie di eccezione che gli appellanti opponevano in appello dinanzi la corte di Rennes. È evidente che la

corte di cassazione dichiara non ammissibile questa dimanda, perchè non avea per oggetto nè compensazione nè eccezione all' azione intentata in prima istanza.» In effetti, soggiunge nei suoi *considerandi*, » è difficile di concepire come la regolarità o la » necessità di una nomina di arbitri, avesse po- » tuto dipendere dall' aggiudicazione e dal rifiuto » di una indennità, o che l' una di queste diman- » de potesse considerarsi come un mezzo di difesa » verso l' altra. »

Queste due decisioni spiegano chiaramente ciò che si dee intendere per dimanda nuova a principale: essa è evidentemente quella che differisce interamente dalla prima, alla quale in niun modo può riappiccarsi; quella, in somma, che forma cause distinte a separate, le quali non hanno insieme connessione verana.

(1) In conseguenza di queste osservazioni generali, noi esamineremo le diverse quistioni cui ha dato o potuto dar luogo, per quanto è a nostra conoscenza, l'applicazione dell' art. 464 † 528: e le quali non si trovano risolute colle proposizioni enunciate nelle note della presente quistione 1673.

Ma noi non citeremo che le decisioni pronunziate so'to l'impero del codice di procedura. Si potranno vedere nel *codice annotato* dal Sirey quelle pronunziate per l'applicazione della legge del 3 brumaio dell' anno 2, e da cui potrebbesi argomentare per analogia.

stessa non era una eccezione all' azione principale.

Nulladimeno, onde affiancare il mezzo d'inammissibilità risultante dal motivo che la dimanda di annullamento fosse stata una nuova dimanda, citavasi un arresto della corte di cassazione del 5 novembre 1807 (*Sirey, tom.* 8 *parte* 1. *pag.* 195) col quale fu deciso che non potevasi, in appello, aggiungere ad una dimanda di nullità quella di rescissione, la quale non erasi fatta dinanzi a' primi giudici.

Potevasi citarne un altro degli 8 piovoso, anno 13, riportato da Denevers, anno 13, pag. 273, col quale si giudicò che non si poteva unire, in grado di appello, una dimanda di scioglimento di contratto a quella di nullità.

Ma siffatti due arresti nulla provano in favore del mezzo d'inammissibilità, e non contrariano affatto i principi da noi stabiliti.

In effetti, nella specie di cui tratta il primo arresto, l'attore, la cui dimanda per la nullità di una divisione era stata rigettata in prima istanza, gravossi in appello, ed alle sue conclusioni principali ne riunì altre sussidiarie tendenti ad ottenere che la divisione da lui impugnata venisse rescissa per causa di lesione.

La corte « *atteso che* l' azione di rescissione » per causa di lesione è un azione principale, » essenzialmente distinta da quella di nullità » per causa di dolo, e poichè all'opposto ne sup» pone la validità, essa avrebbe dovuto esser » proposta in prima istanza, cosa che l'attore » non avea fatto, « dice » che limitandosi a » pronunziare sulle conclusioni proposte in » prima istanza, la Corte di appello non avea » potuto contravvenire ad alcuna legge. »

È chiaro che, in questa specie, la dimanda di rescissione era veramante una nuova dimanda, la quale non improntava il carattere di eccezione contro di veruna azione, poichè *l' attore in prima istanza era quegli che la proponeva in grado di appello*.

Potevasi dunque applicare la prima parte dell' art. 464, e non già la seconda, la quale stabilisce l'eccezione per le nuove dimande che hanno il carattere di eccezione contro l'azione.

Similmente, nella specie della decisione dell'anno 13, l'attore era quegli che in appello aggiungeva sussidiariamente alle conclusioni proposte innanzi al primo giudice, una dimanda sussidiaria di rescissione ad oggetto di far dichiarare la nullità di un contratto di affitto.

Epperò la decisione dovea esser la stessa che nel primo caso.

Che se, al contrario, ad un azione intentata in virtù degli atti di cui trattavasi, il convenuto avesse opposto in prima istanza una dimanda di nullità, e sussidiariamente in appello una dimanda di rescissione di detti atti, quest' ultima sarebbe stata ammissibile senza difficoltà, giusta la seconda parte dell' art. 464, poichè essa avrebbe avuto per oggetto, come l' altra, di escludere l'azione dell' attore.

Tal' è pure la giurisprudena della corte reale di Rennes.

Citeremo particolarmente una decisione della seconda camera del 18 giugno 1814, pronunziata nella specie di una transazione tra coeredi.

Il convennto ne avea dimandato la nullità in prima istanza, poggiandosi sopra motivi che abbandonò dinanzi la corte di appello.

Ivi limitavasi a sostenere, che la transazione dovea esser annullata *per causa di lesione. Opponevasi a questa eccezione l' art.* 464, il quale vieta qualunque nuova dimanda ne'giudizi di appello.

Ma la corte considerò, che se la eccezione non era stata proposta in prima istanza, ciò era avvenuto per semplice errore della parte, la quale dovea esser ammessa ad emendarlo in appello; in conseguenza ordinò la prova della lesione, facendo in tal modo una giusta applicazione della seconda parte dell' art. 464.

Da siffatta discussione la quale tende a giustificare sempre più le osservazioni generali fatte sulla precedente quistione, noi conchiudiamo, che ne' giudizi di appello puossi dimandare l' annultamento di un titolo il quale servisse di base alla sentenza impugnata; ed in siffatto modo appunto la corte di appello di Rennes, 3 camera, giudicò ne' seguenti termini con decisione del 9 agosto 1817:

« Considerando che l' art. 464 permette di » proporre in appello una dimanda, allorchè » può servire di eccezione contro l'azione prin» cipale, e che questa facoltà deve particolar» mente applicarsi ai mezzi di frode, an» corchè il convenuto non ne abbia fatto uso » dinanzi a' primi giudici, dappoichè tendono » ad allontanare l'azione diretta contro di lui, » e che per la natura stessa di questi mezzi » puossi supporre che non sieno stati più presto » scoverti. »

1675. *Le dimande provvisionali non avanzate in prima istanza, possono proporsi nel giudizio di appello?*

Con arresto del 14 ventoso dell' anno 6, fu giudicato dalla corte di cassazione, non potersi proporre una dimanda provvisionale la quale non era stata proposta innanzi a' primi giudici. La terza camera della corte di Rennes decise pure il 18 marzo 1809, che l' intimato il quale proponeva conclusioni tendenti ad ottenere una liberanza provvisionale sino al rendimento di un conto, che pretendeva essergli dovuto dall' appellante, rendevasi inammissibile nella sua dimanda, attesochè non l' avea prodotta innanzi ai primi giudici.

Ma bisogna osservare che siffatte due decisioni furono in tal modo pronunziate pel motivo che la causa sulla quale fondavasi la dimanda per la liberanza, esisteva anteriormente *alla sentenza renduta in prima istanza.* Noi crediamo che in simili circostanze una dimanda per una liberanza provvisionale non possa esser accolta nel giudizio di appello, giusta la seconda disposizione dell' art. 464, la quale vieta di dimandare gl' interessi, gli arretrati, le pigioni o altri accessori, se non quando siano scaduti dopo la sentenza in prima istanza, come pure i danni ed interessi, allorchè siasi ugualmente sofferto il danno dopo siffatta sentenza.

Ma puossi, *a contrario*, conchiudere da tale disposizione che qualunque dimanda per liberanza provvisionale, prodotta per ragion di bisogni che non fossero surti pria di pronunziarsi la sentenza impugnata, debb'esser accolta da' giudici superiori, e per conseguenza questi stessi giudici possono benanche, senza rivocare la sentenza in prima istanza, la quale avea accordata una tenue liberanza provvisionale, aumentarla, atteso le circostanze sopravvenute dopo la introduzione del giudizio di appello. — (*Sirey, tom.* 6, *pag.* 563; *cassazione,* 14 *luglio* 1806; *e* 5 *luglio* 1809; *Denevers* 1809, *pag.* 281; *e finalmente*, *il nuovo Repertorio alla parola appello*, *pag.* 2501 (1).

1676. *Quando una nuova dimanda inammissibile è stata prodotta in appello, la nullità della stessa può forse esser sanata dalla difesa dell' intimato, il quale conchiudendo nel merito, trascuri prevalersene?*

Tal è la nostra opinione, poggiata sul motivo che siffatta nullità va pronunziata nell'interesse della parte contro la quale è fatta la nuova dimanda. Lo stesso pure risulta da un arresto della corte di cassazione del 14 luglio 1806. — (*Vedi la giurisprudenza del codice civile* 1806, *alla pag.* 335, *in fine*)

1677. *Potendosi in taluni casi produrre in appello una nuova dimanda, potrebbesi forse con maggior ragione farvi valere nuovi mezzi, ed esser ammesso a provarvi fatti non istabiliti in prima istanza?*

Questa è una conseguenza necessaria dell' art. 464, in quanto che ammette nuove dimande che vestono il carattere di eccezione all' azione principale; conseguenza d' altronde consona al principio *in appellationibus non deducta deduci*, *non probata probari possunt*, siccome abbiam detto sulla quistione 1673.

Epperò, dice Domat, nel supplemento al dritto pubblico, lib. 4, tit. 8, n. 6 « puossi,

(1) Alla corte cui si è portato l'appello, e non già ai giudici di prima istanza debbono farsi simili dimande, attesochè son esse incidenti all' appello, e formano un accessorio sopravvenuto dopo la sentenza di prima istanza. Tale si fu la decisione della corte di Rennes nella specie di una dimanda di esecuzione provvisionale per alimenti, che avea per oggetto la sussistenza di una moglie la quale avea ottenuta la separazione personale e quella della sua famiglia. — (*Rennes*, 2 *maggio* 1811).

Ma la moglie separata di persona e di beni, pendente l' appello dalla sentenza la quale ha pronunziata la separazione, non potrebbe dimandare per la prima volta, che gli utili da lei promessi al marito sieno dichiarati come non avvenuti. Questa dimanda, per applicazione dell' art. 299 † 228 del cod. civile, è una nuova dimanda la cui causa risale ad un epoca anteriore all' appello, e conseguentemente debb' essere sottoposta, come qualunque dimanda principale, al duppio grado di giurisdizione. — (*Rennes*, *aprile* 1810).

Se l' intimato propone, nel giudizio di appello, conclusioni tendenti ad ottenere un' esecuzione provvisionale sino al rendimento di un conto che pretende essergli dovuto dall' appellante, le sue conclusioni non possono essergli aggiudicate, allorchè non vennero dedotte innanzi a' primi giudici; epperò debb' essere rinviato ad agire, come più gli sembrerà conveniente. — (*Rennes*, 18 *marzo* 1809).

Questa decisione sembraci contraria a quella riportata nel numero precedente, e giudichiamo doverci attenere a quest' ultima, poichè non si può dire che la causa della dimanda provvisionale ha presa esclusivamente origine prima del giudizio di appellazione, giacchè siffatta causa rinasce in ciascun momento che si ritarda di dare il conto.

» nel giudizio di appello, far tutto ciò che ten-
» de ad illuminare il giudice sul punto prin-
» cipale che fu deciso in prima istanza. » La corte di Rennes applicò siffatto principio giudicando, con le decisioni degli 11 e 19 agosto 1817, che potevasi dimandare di provare quel che non si fosse offerto di provare in prima istanza, se però i fatti non costituissero una delle nuove dimande proibite dall' art. 464.

Per la verità la stessa corte, con decisione del 28 agosto 1811, giudicò al contrario sull' appello da una sentenza renduta da un tribunale di commercio, fondandosi sul principio che *gli appelli si decidono nello stato in cui si trovano*, e considerando pure che sarebbe contro il voto della legge, specialmente in materia commerciale, l'ammettere, nel giudizio di appello, le parti a provar fatti non istabiliti dinanzi ai primi giudici.

Siffatta decisione, che trovasi in opposizione con le autorità sopra citate, sembra ad un tempo presentare sì una falsa applicazione del principio invocato ed il quale intendesi in generale nel solo senso di non potersi cambiare lo stato dalla causa in quanto al merito da giudicarsi, (*ved. appresso sull' art.* 465) che una contravvenzione all' art. 464.

Inoltre osserviamo ch' essendo incontrastabile (*Ved. sopra i n.* 1673 *e seg. e cassazione* 12 *frimaio anno* 10; *Sirey, tom.* 2, *pag.* 101) che il giudice in appello può pronunziare sù motivi novellamente proposti, e sopra eccezioni che il convenuto originario non abbia dedotto in prima istanza, ne conseguita necessariamente che la parte debb' esser ammessa alla prova di siffatti mezzi ed eccezioni (1).

(1) Noi non dissimuliamo potersi citare alcune decisioni della corte di appello, le quali sembrerebbero contrarie alla nostra opinione; ma però crediamo opera vana il discuterle (*vedi il codice di procedura annotato*, *art.* 464), sia perchè rese in cause in cui eravi stata in prima istanza rinunzia espressa o tacita alle eccezioni dalle medesime rigettate, sia perchè ci lusinghiamo di averne sufficientemente dimostrato il poco fondamento, provando la regola generale a cui sono opposte, e che d'altronde è stata consagrata, nel modo il più formale, da un' arresto della corte di cassazione del 25 luglio 1817, essendosi con esso giudicato che in appello si può allegare un fatto il quale non fu dedotto in prima istanza, allorchè questo fatto costituisca soltanto *un nuovo mezzo* in appoggio della dimanda principale—(*Sirey, tom.* 18, *pag* 13).

ART. 465 ┼ 529. *Ne' casi previsti dall' art. precedente le nuove dimande e l'eccezioni del reo non possono esser fatte, che con semplici atti contenenti soltanto conclusioni motivate.*

Lo stesso ha luogo se le parti volessero cambiare o modificare le loro conclusioni.

Non sarà ommessa in tassa qualunque scrittura che non fosse che una ripetizione de' motivi o delle eccezioni già prodotte in iscritto, sia in prima che in seconda istanza.

Se una medesima scrittura contenesse, oltre i già allegati, nuovi motivi o nuove eccezioni (2), *la tassa ha soltanto luogo per quella parte che contiene le cose nuovamente dedotte* (3).

C. di P. art. 1030, 1031.

CCCLXXXVI. Lo spirito di tutte le disposizioni della legge, risguardante la istruzione sull' appello, si è che tale istruzione sia in tutt' i punti di una gran semplicità. Si è voluto agevolare le parti nell' adoperare i loro mezzi di attacco e di difesa, senza moltiplicare inutilmente le istruzioni e le procedure scritte. Laonde, nell' autorizzare le parti a cangiare o modificare le conclusioni (avendo esse il diritto di riparare le omissioni in cui fossero cadute innanzi ai primi giudici) la legge proibisce, sia che l' appello fosse stato portato all' udienza, sia che fosse stata ordinata una istruzione, di ammettere in tassa tutt' i documenti di scritture, i quali altro non contenessero se non se la ripetizione di quelle già presentate in prima istanza o in appello. Finalmente la legge richiede che in ogni caso anche quando trattasi di nuove dimande autorizzate dall' art. 465, si presentino soltanto semplici atti di conclusioni motivate. « Era » impossibile, dicea Bigot di Prèamenou,

(2) Vedi su questo articolo, il nostro Trattato sulle leggi di organizzazione e di competenza, art. 14, pag. 36 e seguenti.

(3) GIURISPRUDENZA.

L' articolo 465 ┼ 529 prescrivendo che le nuove dimande ed i cambiamenti delle conclusioni non possono farsi che con semplici atti, non intende dichiarar nulle quelle modificazioni le quali non fossero state fatte in iscritto, quantunque in altro modo comprovate. — (*Cassaz.* 1, *settembre* 1813; *Sirey, tom.* 14, *pag.* 67).

» ch' essa prendesse maggiori precauzioni
» contro le scritture inutili. È vero che di-
» pende indubitatamente dalla vigilanza dei
» magistrati il mettere ciò in esecuzione; ma
» si ha per garentia l' obbligo loro imposto,
» ed il timore che avrebbero di essere riguar-
» dati come fautori degli abusi ».

1678. *Si può rispondere agli atti di conclusioni contenenti le nuove dimande e le eccezioni?*

Pigeau, tom. 1, pag. 585, avvisa che tali dimande essendo incidenti, abbiasi dritto a rispondere con un semplice atto a quello in cui esse sono proposte. Egli fonda il suo ragionamento sulla disposizione dell' art. 327, e su quelle dell' art. 470, il quale dichiara che le regole stabilite pei tribunali inferiori debbono osservarsi in appello.

1679. *In qual senso debba intendersi il permesso di cangiare e modificare le conclusioni?*

Per conciliare col principio generale. che non possono formarsi, in causa di appello, novelle dimande diverse da quelle autorizzate dall' art. 464, la disposizione dell' art. 465, che accorda alle parti il dritto di cambiare o modificare le loro conclusioni, noi abbiam per certo che quest' ultimo articolo debba essere inteso nel senso, cioè, che sieno permesse tali modificazioni o cangiamenti, sol quando gli oggetti ai quali applicansi si trovino sempre compresi nel numero di quelli che fossero stati reclamati in prima istanza. Ed in vero se fosse permesso, senza riserva, di aggiungere alle conclusioni prese innanzi a' primi giudici, sarebbe anche permesso di formare novelle dimande, e gli art. 464 e 465 si troverebbero in opposizione. — (*Ved. Berriat Saint-Prix, pag.* 428, *not.* 93.) (1).

ART. 466 † 530. *Non è permesso in appello alcun intervento in causa, salvo che venga richiesto da chi abbia dritto a formare opposizione di terzo* (2).

C. di P., art. 339; 340, 475, 722 — C. C. art. 882, 1160, o seguente, 1445.

CCCLXXXVII. In niuna legge anteriore al codice trovavasi stabilita testualmente la

(1) Si è sempre autorizzato a proporre conclusioni sussidiare, vale a dire, conclusioni le quali sono conseguenza o modificazione in meno delle conclusioni principali —(*Cassaz.* 22 *maggio* 1822, *Sirey, tom.* 22, *pag.* 301.)

(2) GIURISPRUDENZA.

1. La parte, che dimanda d' intervenire in un giudizio di appello, può e debb' essere ammessa, quando sostiene di non essere stata chiamata in prima istanza. Ciò risulta evidentemente dall' articolo 466 † 530, il quale accorda questo dritto a coloro che potessero produrre l' opposizione del terzo; or l' art. 474 † 538 accorda questo mezzo a qualunque parte la quale non è stata chiamata in giudizio. La circostanza d' essere stato l' interveniente in causa nominato nelle narrative della sentenza, non potrebbe operare un' eccezione d' inammissibilità, poichè della nullità, e della frode stessa di cui egli si querelasse, sarebbe lo stesso che farsi un mezzo contro di lui, e giungere, per effetto di una contravvenzione alle regole della procedura ed al dritto di legittima difesa, ad interdirgli un giusto richiamo contro la sentenza con cui venissero pregiudicati i suoi dritti. — (*Rennes*, 13 *feb.* 1818).

2. Questa decisione venne pronunziata nella seguente specie: una moglie separata dal marito era stata indicata nelle narrative unitamente a lui, tanto in prima istanza che in appello. Si opponeva che la medesima non poteva essere separata da questi giudizi per dimandare, mercè l' intervento in causa, la nullità delle procedure, senz' aver fatto precedentemente giudicare la disapprovazione di quelli che aveano agito per lei, ed aveano intimato l' appello tanto in nome suo che del marito. La corte considerò che la disapprovazione era necessaria sol quando esistesse un mandato *espresso o tacito*, e che perciò, non esistendone alcuno, le procedure fatte in nome della parte reclamante erano nulle. Ed in vero, non poteva considerarsi come tacito mandato l'essersi consegnato al patrocinatore che agiva in prima istanza un atto di citazione notificato al marito ed alla moglie congiuntamente, poichè doveano citarsi con atto separato. (*V. sopra, tom.* 1, *pag.* 216, *alla nota* 15). Da un altra parte, l' appello per essere validamente interposto in nome della moglie, dovea essere rivestito della sua autorizzazione data colle propria sottoscrizione nell' atto di appello ovvero con procura particolare o speciale. Tali furono le ragioni per le quali la corte l' ammise all' intervento in causa, separandola dal giudizio in cui si faceva figurare come nominata nelle narrative della sentenza.

3. I creditori di un fallito, i quali espressamente non accettarono l' accordo rivestito di un numero di firme sufficiente per farlo omologare, e contro i quali non fu pronunziata l' omologazione definitiva, possono ricorrere, sia per mezzo dell' intervento in causa, sia coll' opposizione di terzo, contro le sentenze pronunziate co' sindaci del fallimento. — (*Cod. di com. art.* 523 † 515, 524 † 516 — *Cassaz.* 14 *marzo* 1810, *Sirey, tom.* 10, *pag.* 219).

4. Un creditore può intervenire in appello, in un giudizio di graduazione. —(*Rennes*, 29 *agosto* 1814.)

EVENTUALI ai quali la separazione di beni, dimandata senza frode dalla moglie, potrebbe recar pregiudizio, ha forse il dritto d'intervenire, abbenchè lo stesso marito si opponga a tal dimanda?

Potrebbesi dire, per la negativa, che l'art. 1447 † 1411 del cod. civ. sembra autorizzare un terzo ad intervenire in una istanza di separazione di beni, sol quando sia creditore del marito; che ai termini dello stesso articolo, può ammettersi l'intervento solamente nel caso in cui la separazione fosse provocata *in frode dei dritti degl'interessati*; e che non è da presumersi una tal frode, quando il medesimo marito si opponga alla separazione.

Ma la Corte di cassazione, con arresto de'28 giugno 1808, sezione de'ricorsi, (*vedi Denevers*, 1810, *pag.* 501), vista la *generalità* dell'espressioni degli art. 466 e 474 †530 e 538 considerò che un creditore, anche eventuale, ha il dritto di poter fare una opposizione di terzo alla sentenza di separazione di beni del suo debitore, e per una necessaria conseguenza, giudicò doversi ammettere l'intervenіente nel giudizio di appello relativo a detta separazione (1).

1682. *Si può forse, in giudizio di appello, costringere ad intervenire la parte la quale avrebbe dritto a formare un'opposizione di terzo?*

Questa quistione fu giudicata per l'affermativa dalla Corte di cassazione, alli 20 brumaio anno 13, e 13 ottobre 1806. (*Vedi Sirey*, 1808, *pag.* 304) » Difatti, diceva il Procurator generale Merlin, il dritto che ha d'intervenire in un giudizio di appello la parte la quale, mediante opposizione di terzo, potrebbe attaccare la sentenza da pronunziarsi, necessariamente porta con se, rispetto alle parti principali, il dritto di costringerla ad intervenire effettivamente, qualora non lo faccia da se stessa. L'uno è assolutamente correlativo all'altro; e d'altronde qual torto si fa a detta parte, facendola intervenire in un giudizio di appello? La si priva forse di un primo grado di giurisdizione? Nò, sicuramente; perciocchè se essa, sull'appello, non fosse messa in causa, e facesse uso in prosieguo del suo dritto di produrre opposizione di terzo alla decisione, dovrebbe portare la sua opposizione di terzo innanzi alla Corte di appello, senza poterla altrimenti introdurre; per lo che mettendola in causa altro non fassi che affrettare l'epoca della sua comparsa diretta ed immediata innanzi la Corte di appello. » — (*Vedi la nostra quistione* 1271.)

Ed appunto in tal modo abbiam noi risoluta la presente quistione nel n 1535 della nostra Analisi.

Nel nostro Trattato e quistioni, aggiungemmo una terza decisione della stessa Corte, in data de' 18 agosto 1807 (*Sirey*, *tom*, 8, *pag.* 553), la quale stabilisce la stessa dottrina, in quanto che dichiara che colui il quale interviene in una corte di appello non può a suo favore invocare la regola de'due gradi di giurisdizione; ancorchè sia egli intervenuto soltanto dopo *la citazione*. Finalmente esiste una decisione della Corte di Firenze del 1 febb. 1811 (*Sirey*, *tom*: 14, *pag.* 388), ed un'altra della Corte di Colmar, de' 9 nov. 1810 (*vedi il Giorn. de' patrocinatori*, *tom.* 3, *pag.* 228), che giudicano allo stesso modo (2); e per conseguenza noi crediamo la nostra soluzione libera da qualunque difficoltà. Pertanto dalla sottoscritta nota si rileveranno le ragioni per le quali la Corte di Rennes sembrò rigettare siffatta dottrina (3).

(1) Così del pari la stessa corte, con decisione del 27 marzo 1822, giudicò che il figlio del primo letto può intervenire in un giudizio introdotto dalla sua madre passata a seconde nozze e tendente ad ottenere la riduzione de'vantaggi indiretti, da lei promessi al suo secondo marito, benchè il dritto del figlio alla riduzione sia eventuale e subordinato alla morte del conjuge donante. — (*Sirey*, *tom.* 22, *pag.* 342).

(2) Riportando quest'ultima decisione, il Coffinières la giustifica con una delle ragioni date da noi nella nostra Analisi. « Secondo l'art. 466 † » 530, egli dice, l'intervento nelle cause di ap- » pello può dimandarsi da quelli i quali potrebbero » prevalersi della opposizione del terzo, e debb'es- » sere lo stesso della chiamata in causa, la quale » non è che un intervento provvocato da una delle » parti colle quali è impegnato il giudizio. D'al- » tronde il terzo chiamato in causa non può dolersi » di esser privato di un primo grado di giurisdizio- » ne, poichè adottando spontaneamente il mezzo » della opposizione di terzo contro la decisione, il » quale mezzo è il solo che gli compete, dovrebbe » adire la corte di appello, ai termini dell'art. 475 † 539 ».

(3) Quantunque tali autorità e ragioni fossero state invocate innanzi la corte di Rennes, essa nondimeno rigettò la dottrina che le medesime tendono a stabilire, e considerò, con decisione della prima

1683. *Un terzo può intervenire in un giudizio di perenzione ?*

Sulla presente quistione noi ricorderemo il principio stabilito nel num. 1444, che la dimanda di perenzione costituisce un' azione principale ed introduttiva di un giudizio assolutamente distinto da quella ch' essa tende a far giudicare estinta. Or siccome, secondo lo art. 466, possono intervenire soltanto coloro i quali avessero dritto a provedersi del mezzo della opposizione di terzo contro la decisione da pronunziarsi, così a stretto rigore ne segue che non può ammettersi l' intervento di un terzo il quale non fu parte nel giudizio perento.

Difatti costui non potrebbe introdurre opposizione di terzo contro la decisione che dichiarasse perenta la istanza, perciocchè questa specie di ricorso è soltanto permessa alla parte la quale non fu chiamata in causa quantunque ci avesse avuto interesse. (*Vedi le nostre quistioni sull' art.* 474).

Or, secondo la natura e gli effetti di una dimanda di perenzione, è inconcepibile come altre persone diverse dalle parti in giudizio, di cui trattasi far pronunziare la estinzione, possano riputarsi interessate in tale dimanda; e la ragione è patente: La causa o il motivo della dimanda di perenzione è un *fatto*, cioè quello di non essersi continuate le procedure per parte dell' appellante convenuto in tale dimanda; ma questo è imputabile a coloro soltanto i quali, allorchè è formata la dimanda, ricevono la qualità di convenuti. Laonde chiunque è straniero a questo stesso fatto, non potrebbe rendersi terzo opponente alla sentenza che ammette la perenzione, e per una necessaria conseguenza nascente dall' art. 466, esso non può intervenire nella istanza che ha per oggetto di ottenere siffatta sentenza (1).

camera, del 27 luglio 1818, « che la regola de' due » gradi di giurisdizione era un principio generale, » cui non si possono ammettere altr' eccezioni tranne quelle che sono formalmente consacrate dalla » legge, la quale in qualunque caso non autorizza » gl' *interventi forzati* ».

Si osservi che la corte in questa decisione riconosce che alcuni scrittori hanno accreditata siffatta opinione dell' intervento forzato, di cui, essa soggiugne, il codice non dà alcun esempio; ma nella specie sulla quale dovea giudicare, essa dichiara che tali scrittori *limitano questa singolare facoltà* al caso in cui la persona, che si vuol forzare ad intervenire, fosse ammissibile a proporre la opposizione del terzo avverso la sentenza; circostanza la quale non si verificava in detta specie, poichè la sentenza non recava alcun pregiudizio alla parte che si citava nella causa di appello.

Sotto quest' ultimo rapporto soltanto noi crediamo che la decisione sia stata ben pronunziata; ma persistiamo a credere potersi costringere ad intervenire in appello qualunque parte la quale avesse dritto a dichiararsi terzo opponente.

(1) Che se altrimente si pensasse, verrebbesi a contravvenire a tutt' i principj della materia; poichè l'intervento è il mezzo indicato per rendersi parte in una causa, onde aversi qualità di attore o reo convenuto. Intervenire adunque, è lo stesso di provare che non si ha ancora questa qualità, che non si è parte nel giudizio; e poichè bisogna necessariamente essere stato parte per agire, dimandando una perenzione o rispondendo a tale dimanda, ciò importerebbe che l' intervento fosse stato già ammesso.

In secondo luogo non si può validamente dedurre l' opposizione del terzo, se non quando si dimostra andar soggetto per effetto della sentenza ad un pregiudizio reale, ed avère perciò un interesse diretto al giudizio nel quale fu pronunziata la sentenza. Ma è impossibile che una sentenza o una decisione la quale dichiara acquistata una perenzione, rechi pregiudizio a' dritti di un terzo che non fosse parte nell' istanza soggetta ad esser perenta; giacchè il pregiudizio potrebbe unicamente risultare dall' emanazione stessa della decisione o della sentenza, la quale giudicasse qualche cosa relativa ai diritti di questo terzo e che potrebb' essergli opposta. Ma una sentenza di perenzione non *giudica*, nè *per nulla pregiudica*, *neanche in appello*, i dritti di un' individuo che non fu parte nella istanza perenta, e neppure nel giudizio della perenzione. Che se la conseguenza diretta e necessaria della legge, secondo l'art. 459 † 533, è quella di dare alla sentenza impugnata la forza di cosa giudicata, ciò è lo stesso, come dice Merlin alla parola *opposizione di terzo* § 6. che *res inter alias acta, aliis praejudicare non potest*: massima la quale trovasi in ogni parola dell' art. 1351 † 1305 del codice civile, ed a cui, soggiunge il citato scrittore, il codice di procedura non ha derogato, nè ha potuto derogare. Il terzo può dunque sempre ricorrere all' azione principale, per ottenere nel suo interesse una sentenza contraria agli effetti che risulterebbero dalla decisione dichiarata perenta contro le parti che han lasciato perimere un istanza.

D' altronde siffatta decisione in niun modo può pronunziare su i dritti altrui; essa dichiara unicamente di non essersi continuate le procedure, e pronunzia in conseguenza la perenzione che la legge ne fa dipendere. E nemmeno statuisce sulla nullità della sentenza impugnata, la quale acquista forza di cosa giudicata per effetto della volontà del legislatore, e non già in virtù della decisione del giu-

1684. *Questa soluzione applicasi benanche al caso in cui il terzo intervenisse nella istanza principale, ma dopo la notificazione della dimanda di perenzione?*

Che sì, atteso che fatta una volta la dimanpa di perenzione, non può più farsi validamente alcun' atto relativo alla istanza che tale dimanda tende a far dichiarare estinta. Per lo che questa rimane paralizzata al punto in cui trovavasi; perciocchè non potendo le stesse parti, ai termini dell' art. 399 + 492, notificar validamente alcun' atto relativo a detta istanza, a maggior ragione non può un terzo nulla cangiare allo stato in cui essa trovavasi nel tempo della dimanda. E la ragione di ciò desumesi da quanto dice Pigeau, tom. I, pag. » 449, cioè, che la perenzione acquistasi irrevocabilmente nella epoca stessa della dimanda; che la sentenza da pronunziarsi non » accorda alcun diritto a colui a vantaggio del » quale è pronunziata; e finalmente che essa » si limita a dichiarare che il dritto erasi da » lui precedentemente acquistato ».

Laonde, non appena formata la dimanda, la presunzione legale è per la perenzione della istanza; e la sentenza non fa altro che convertire tale presunzione in certezza: per la qual cosa, sotto niun rapporto ed in nessuna ipotesi, è ammissibile l' intervento in una istanza di perenzione.

ART. 467 + 531. *Se nelle deliberazioni occorra che i giudici siano divisi in più di due diverse opinioni, il minor numero è tenuto di accedere ad uno delle opinioni che ha avuto maggior numero di voti* (*).

C. di P. art. 117 e 118 — Regol. del 30 marzo 1808, art. 35.

CCCLXXXVIII. Il giudizio d'appello va a finire con una sentenza, purchè però una lunga inazione non abbia fatto presumere la rinunzia, dalla quale risulta la perenzione. (*Vedi l' art.* 469 + 533.) Qualora siavi la sentenza, la legge ordina pronunziarsi a maggioranza di voti, prevedendo la difficoltà ch'eleverebbesi, ove vi fossero più di due opinioni. In tal caso, essa indica in qual modo i giudici debbono riunirsi perchè vi siano soltanto due opinioni, da prevalere quella che contiene un maggior numero di voti. Alcune antiche ordinanze aveano a ciò provveduto alla stessa foggia. — (*Vedi le nostre quistioni sull' art.* 117.)

1685. *La disposizione dell' art.* 117 + 211 *la quale vuole che, soltanto dopo una seconda votazione, i giudici più deboli in numero sieno obbligati di abbracciare una delle due opinioni che formano la maggioranza, è forse benanche applicabile in grado di appello?*

Giova osservare che le disposizioni dell' art. 467+531 sono le stesse di quelle dell' art. 117 +211, eccetto che esse non prescrivono la precauzione che forma l' oggetto della nostra quistione, ma tale precauzione non è però meno uniforme al loro spirito, e d' altronde l' art. 35 del decreto dei 30 marzo 1808 la rende espressamente comune a' giudici di appello.

ART. 468+532. *Nel caso di parità di voti in una corte di appello, si chiamerà uno o più giudici secondo l' ordine di nomina, che non abbiano però conosciuto della causa e sempre in numero dispari. La causa si discute di nuovo all' udienza, o nuovamente si riferisce, se trattasi di causa in iscritto* (**).

C. di P. art. 118.

CCCLXXXIX. Dovea la legge prevedere benanche, come ha praticato colle disposizioni contenute nell' art. 468, il caso in cui vi fosse parità di voti; ed in tal caso, per dirimerla, essa esige che si chiami uno o più giudici, secondo l'ordine di nomina, i quali non abbiano conosciuto della causa, e sempre in

dice, e contro le sole persone le quali erano parti nell' istanza perenta.

Noi crediamo dunque poter fondatamente conchiodere, che quelli possono intervenire nel giudizio di perenzione, i quali sono parti nella causa non continoata; ed è questo appunto quel che la corte reale di Rennes giudicò nella decisione de' 16 giogno 1818 citata nella quistione 1436.

(*) Quest' articolo parla del modo di riunire le opinioni nell' emettere le decisioni, sul che il nostro articolo corrispondente 531 si riporta all' art. 221, il quale tratta della stessa cosa innanzi ai tribunali civili.

(**) Abbiam già detto vol. I, pag. 252 che, secondo le nostre leggi, per compire il numero dei votanti nei tribunali civili si chiama il giudice e il supplente del circondario: or la seconda parte del nostro art. 532 dispone che debbano chiamarsi a supplire uno o più giudici della G. C. criminale, la quale disposizione è del tutto uniforme a quella dell' art. 104 della leg. organ. giudiz.

numero dispari (1). Finalmente qualora tutt' i giudici avessero conosciuto della causa, ordina chiamarsi tre antichi giureconsulti. È chiaro che dietro tale disposizione, svanisce qualunque arbitrio, e non può verificarsi una seconda parità di voti.

1686. *Quali sono gli avvocati ai quali appartenga il titolo di* ANTICHI GIURECONSULTI, *e che possono per conseguenza esser chiamati a dirimere la parità?*

L'art. 468 del codice di procedura tacendosi su tale quistione, crediamo doverla risolvere colla disposizione dell' art. 495 † 569 la quale dichiara, che il parere richiesto pel ricorso per ritrattazione di sentenza sarà sottoscritto da tre avvocati in esercizio almeno da 10 anni, e quella dell' art. 7 dell' ordinanza del 20 novembre 1822, che sembra attribuire questo titolo di *antichi* soltanto a coloro i quali abbiano almeno dieci anni di esercizio (*).

Art. 469 † 533. *La perenzione d' istanza in appello dà alla sentenza da cui si è appellato la forza di cosa giudicata* (2).

C. di P. art. 397 e seg. e 466.

CCCXC. La perenzione, siccome dicemmo nel commentario all' art. 467 può definitivamente dar termine al litigio pria che i giudici abbiano pronunziato. Se ne acquista il dritto, in grado di appello negli stessi termini e secondo le stesse formalità che si adoperano innanzi ai primi giudici (*vedi l' art.* 395), all' infuori della differenza, che in prima istanza si perime la procedura e non l'azione; purchè non sia prescritta o altrimenti estinta, mentre che se siavi perenzione sull' appello dalla sentenza, presumendosi aver la parte condannata rinunziato al suo gravame, tale sentenza riceve forza di cosa giudicata per la ragione che nel tempo in cui si acquista il dritto alla perenzione, i termini per produrre appello sono da lungo tempo spirati.

1687. *La perenzione d' istanza in appello è forse sanata da un' atto stragiudiziale, che ha per oggetto la esecuzione della sentenza del tribunale di prima istanza; per esempio, per mezzo di un precetto, o mediante opposizione a tale precetto?*

In sostegno dell' affermativa potrebbesi invocare la disposizione generale dell' art. 399. Ma si risponderebbe, con Coffinières, che se il legislatore accorda alla notificazione di un atto l'effetto di sanare la perenzione, si è perchè suppone che mediante tale atto, le parti han riconosciuto che la istanza sussisteva ancora. Or lungi dal potersi dedurre una tale ricognizione dagli atti coi quali l'intimato procederebbe per la esecuzione della sentenza, devesi all' apposto conchiudere, ch' egli agisce come se la istanza non esistesse, e che per conseguenza conserva ancora la facoltà di farla dichiarare perenta. E perciò la Corte di Torino, con decisione de' 5 aprile 1811, (*vedi il Giorn. dei patroc. tom.* 4, *pag.* 292) di-

(1) GIURISPRUDENZA.

1. Una decisione pronunziata in seguito di parità di voti è nulla, se i consiglieri adoperati a dirimerli non furono chiamati *secondo l' ordine di nomina*, laddove per altro quest' ordine poteva esser seguito. Mancandosi però di enunciare nella decisione i motivi dell' impedimento de' consiglieri iodicati dal ruolo, non vi è presunzione di legittimo impedimento. — (*Cassaz.* 4 *giugno* 1822; *Sirey*, *tom.* 22, *pag.* 254).

2. Una corte reale costituita in udienza solenne dee necessariamente esser composta di un numero di giudici maggiore di quello delle udienze ordinarie. Perciò una corte, la quale giudica ordinariamente in numero di sette giudici, può in questo caso aggiungere quattro avvocati come supplenti. — (*Cassaz.* 8 *settem.* 1812; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 121.)

3. Allorchè un giudice il quale è concorso alla parità, non può cooperare alla sentenza deffinitiva, è necessario, per dirimere la parità chiamarsi nuovi giudici in numero pari, affinchè non possa esservi luogo ad una nuova parità. — (*Cassaz.* 12. *aprile* 1810; *Sirey*, *tom.* 10, *pag.* 234).

(*) Essendo oggidì gli avvocati anziani esclusi dall' onore di esser giudici supplenti, così la proposta quistione 1686 non può certamente riguardarci.

(2) GIURISPRUDENZA.

La perenzione ha luogo innanzi alle corti di appello che giudicano sulle materie commerciali, nello stesso modo che ha luogo nelle materie civili. — (*Riom*, 16 *giugno* 1818; *Sirey*, *tom.* 19, *pag.* 22).

Nota. *Questa decisione non distrugge la soluzione data alla quistione* 1411, *la quale applicasi soltanto alle cause pendenti nel primo grado di giurisdizione. L' articolo* 469 † 533 *non facendo alcuna distinzione e stabilendo una regola assoluta per le cause di appello, e d' altra parte l' art.* 546 † 540 *del codice di commercio* riportandosi per queste cause *alle regole ed al rito determinato col lib. 3. de' codice di procedura, vi sono delle ragioni per decidere a lor riguardo in tutt' altro modo che per le cause da giudicarsi in prima istanza.*

chiarò che un precetto ed una opposizione a tale atto non potevano interrompere la perenzione, attesochè, leggesi nelle sue considerazioni, essi non sono atti eseguiti avanti la corte, nè relativi all' appello.

1688. *La perenzione d' istanza in appello estingue forse l' azione, allorchè trattasi di una novella dimanda prodotta nel corso di detta istanza?*

Noi crediamo che questa quistione debba risolversi per la negativa, attesochè l'art. 469 non accorda alla perenzione altro effetto se non la forza della cosa giudicata: epperò, non potendosi le disposizioni rigorose estendersi da un caso all'altro, bisogna riportarsi alla regola generale contenuta nell' art. 401 + 494. Laonde, allorchè la corte ha pronunziata la perenzione d'istanza in appello, rispetto alla sentenza, e che trovasi con ciò priva di potere, tanto in risguardo alla causa principale, la quale è già terminata, quanto in riguardo all'accessoria, ch'è la novella dimanda da giudicarsi, si può dirigere tale novella dimanda in prima istanza innanzi al tribunal competente.

1689. *In seguito della perenzione riputandosi come non avvenuto l'appello che ha sospeso il corso della prescrizione di una sentenza impugnata, ne siegue forse che la parte, lungi di avere interesse a dimandare la perenzione, allorchè fosse decorso il tempo stabilito per operarla, si pregiudicherebbe piuttosto introducendo una siffatta dimanda?*

1. Si è preteso che, secondo l'art. 401+494, la perenzione rendendo assolutamente come non avvenuti tutti gli atti della procedura perenta, e per conseguenza l'atto di appello, mentre che, da un'altra parte, l'art. 2247+2153 del cod. civile dichiara ch'essa ha lo stesso effetto relativamente all' interrompimento della prescrizione operata dalla citazione, ne seguiva che l' attore per la perenzione andava contro i suoi proprì interessi, formando la sua dimanda per la perenzione.

Ma questo è un'errore; e primamente, perchè l' art. 469, nel concedere alla sentenza appellata l' autorità della cosa giudicata, senza distinzione nè eccezione, per il caso in cui potesse acquistarsi la prescrizione della sentenza, ne siegue che il detto articolo mette l' appellante nella stessa posizione come se la sentenza impugnata fosse stata confermata: donde nasce che egli non può più invocare la prescrizione di tale sentenza;

2.° Perchè l' art. 401 ha rapporto soltanto al caso da esso previsto, cioè quello di una novella istanza introdotta dopo la perenzione della prima; ipotesi che non può presentarsi in grado di appello, perciocchè la perenzione dando alla sentenza l'autorità della cosa giudicata, così non può desumersi alcun'argomento dalla disposizione di tale articolo, per sostenere che avendo la perenzione annullato l'appello, l' interrompimento della prescrizione da essa operato, dovea riputarsi come non avvenuto;

3.° Perchè la disposizione dell'art. 2247 + 2153 del codice civile risguarda evidentemente il solo interesse del convenuto contro l'attore che lascia perimere l'istanza, e lo punisce della sua negligenza in procedere, dichiarando che l'interrompimento della prescrizione operato colla sua dimanda a suo favore riputerassi come non avvenuto.

4.° E finalmente perchè, se fosse diversamente, vi sarebbe una evidente contraddizione tra gli art. 401 e 469 del codice di procedura e l'art. 2247 del codice civile, nel tempo stesso che la perenzione si troverebbe col fatto interdetta al convenuto, poichè gli sarebbe pregiudizievole.

Basteranno senza dubbio queste semplici osservazioni per dimostrare il vizio del ragionamento sul quale si è tentato di poggiare la soluzione affermativa della proposta quistione.

1690. *Ma dovrebbesi far dritto alla dimanda di perenzione, qualora fosse dimostrato non potere la sentenza esistere, per aver la legge annullato, per esempio, qualunque istanza e qualunque sentenza sulla materia alla quale avesse relazione quella impugnata per mezzo dell'appello?*

Si sostenne la negativa, innanzi la Corte di Rennes, nella specie della decisione de' 16 giugno 1818, citata al numero 1436, attesochè, pretendevasi, aver la sentenza impugnata pronunziato sopra un terreno comunale usurpato dal potere feudale. Or le leggi emanate nel tempo della rivoluzione, avendo dichiarato estinta qualunque istanza sopra siffatte contestazioni, ne seguiva, dicevasi, essere *frustranea* la dimanda di perenzione, e non potersi accogliere, perciocchè dovendo riputarsi la sentenza come non avvenuta, non

poteva ricevere l'autorità dalla cosa giudicata risultante dalla perenzione.

Per rimaner convinto quanto sia poco fondato un simile ragionamento, basta richiamar qui quello che abbiamo avuto occasione di più volte ripetere, cioè che la dimanda di perenzione è essenzialmente distinta da quella che introdusse l'istanza pretesa perenta, non essendovi, siccome dichiarò la Corte di cassazione (*decisione del* 5 *gennaio* 1818, *Sirey*, *tom.* 18, *pag.* 120, *e sopra n.* 1428), *nec eadem res*, *nec eadem causa petendi.*

Conseguita indubitatamente da ciò, che non puossi, nella istanza di perenzione, agitare alcuna quistione relativa alla controversia pretesa perenta; altrimenti si confonderebbero due oggetti e due cause di dimande essenzialmente distinte, indipendenti e pertinenti a due diverse istanze.

D'altronde l'art. 1351 + 1305 del codice civile presta una novella forza a queste osservazioni; in quanto che esso dispone che l'autorità della cosa giudicata non ha luogo se non se rispetto a ciò che ha formato l'oggetto della sentenza; e fa duopo che la cosa dimandata sia la stessa, e la dimanda sia fatta per la medesima causa. Epperò vi ha due azioni ogni qual volta vi ha controversia, sia fra l'oggetto, sia fra la causa di una dimanda: or precisamente ciò ha luogo in caso di perenzione.

L'attore ha forse qualità per formare la dimanda di perenzione; o altrimenti, era egli il convenuto o l'intimato nel primo giudizio? Ha egli validamente formata o notificata la sua dimanda? L'elasso di tempo dalla legge fissato è forse decorso senza procedure? La perenzione rimase forse sanata da atti validi? Sarebbe stata forse prematuramente introdotta? Ecco tuttociò di che può farsi parola in questa novella istanza. Qualunque eccezione d'inammissibilità non relativa ad uno di questi oggetti, e tendente ad allontanare la dimanda introduttiva del giudizio perento, per quanto fusse fondata, non sarebbe ammissibile: i giudici non possono occuparsi de' risultamenti di una causa.

Per lo che, in grado di appello, pretenderebbesi invano sostenere, con mezzi relativi al merito, che la sentenza impugnata non potesse rimaner confermata; e che la stessa è nulla, sia per la prescrizione dell'azione sulla quale venne pronunziata, sia altrimenti: in qualunque caso il giudice deve dichiarar la perenzione, senza incaricarsi del suo effetto, ch'è quello di attribuire alla sentenza la forza della cosa giudicata, perciocchè non è egli che la pronunzia, ma la legge.

Art. 470 + 534. *Nel rimanente le regole stabilite pe' tribunali inferiori sono comuni alle corti di appello.*

T. 70. — C. di C. art. 648. — Supra, art. 141.

1691. *In qual modo bisogna applicare l'art.* 470?

Bisogna applicarlo nel senso, cioè, che le regole proprie ai tribunali inferiori debbono seguirsi innanzi ai tribunali di appello, eccetto quelle alle quali, sia il libro che attualmente spieghiamo, sia taluni articoli del codice di procedura (*vedi, per esempio, l'art.* 368+460) o del cod. civ. (*vedi, per esempio gli art.* 291 *e* 292+385 e 386, 357 *e* 358+449 e 450), avessero espressamente derogato, ed eccetto quelle benanche la cui applicazione sarebbe in opposizione a' principi della materia — (*Vedi, per esempio, gli art.* 391 *e seg.*+484 *e seg.*)

Art. 471 + 535. *L'appellante che soccumbe è condannato ad una multa di cinque franchi, se si tratta di appellazione da una sentenza di un giudice di pace, e di dieci franchi, se da quella di un tribunale di prima istanza o di commercio* (*).

T. 90. — C. di P. art. 374, 390, 479, 500, 513, 516, 1029.

CCCXCI. Si è sempre creduto necessario reprimere col mezzo delle multe i diversi reclami prodotti avverso le sentenze, allorchè tali reclami fossero privi di legitimi mezzi; ed infatti la parte che ricorre implicitamente accusa i primi giudici di errore o d'ingiustizia. Epperò se a torto essa impugna la loro decisione, è ben giusto che soffra la pena della sua temerità.

1692. *L'ammenda prescritta dall'art.* 471 *debbe forse consegnarsi prima della sentenza o decisione da pronunziarsi in appello?*

(*) Il nostro art. 535 a differenza dell'art. 471 al quale esso corrisponde in tutto il rimanente, non parla delle sentenze de' tribunali di commercio; ma essendo essi assimilati ai tribunali civili, è ben naturale che l'ammenda sia egualmente da carlini 24 a duc. 12.

« Sì, secondo l'art. 90 della tariffa; sembra però che quest'articolo non imponga un tale obbligo per le materie sommarie. Pertanto una decisione del ministro delle finanze, dei 12 settembre 1809 (*vedi Sirey, tom.* 10, *part.* 2. *pag.* 12), prescrive la consegna in qualunque altra materia. Ed in tal senso appunto si pronunziò la corte di cassazione, con decisione delli 8 maggio dello stesso anno. — (*Vedi Sirey, tom.* 9, *pag.* 263).

Si osserverà per certo che limitandoci noi a sostenere che l'ammenda debba consegnarsi prima della sentenza o della decisione da pronunziarsi in appello, non è per conseguenza necessario che si consegni pria dell'appello, nè che la quietanza sia notificata nel tempo che si produce, siccome pel ricorso di ritrattazione di sentenza è richiesto dagli art. 494 e 495 † 558 e 559. Così benanche fu deciso dal consigliere di Stato, direttor generale del registro (*). — (*Vedi, su questa quistione, le lettere dei ministri di giustizia e delle finanze, dei* 3 *luglio* 1808, *e* 12 *settembre* 1809, *Denevers*, 1809, *supplemento*, *pag.* 200).

1693. *E' dovuta l'ammenda in caso di rinunzia?*

La prima camera della Corte di Rennes giudicò, alli 8 gennajo 1810, che nel caso in cui la rinunzia abbia preceduto la discussione dei reclami e dei motivi di appello delle parti, dovea restituirsi l'ammenda già consegnata.

Noi facemmo su tale decisione (*vedi il Giornale delle decisioni della corte di Rennes, tom.* 2, *pag.* 7) le seguenti osservazioni:

« Potrebbesi conchiudere che qualora la rinunzia fosse stata notificata posteriormente alla discussione fatta dal solo appellante, non dovrebbesi più restituire l'ammenda, e noi siamo inclinati a credere che in tal modo bisognerebbe decidere. Ed in vero, la rinunzia impedisce che si ritenga l'ammenda, per la ragione che l'art. 471 non prescrivendo la condanna a tale ammenda se non se nel caso in cui *succumbesse* l'appellante, non può dirsi aver lui *succumbuto*, allorchè rinunzia pria di discutere l'appello. Fin quì non può considerarsi che come colui il quale rinunzia ad un mezzo che avea sulle prime creduto dover adoperare per la conservazione dei suoi dritti; ma se discute, e poscia rinunzia, egli *soccumbe*, poichè ha sostenuto che il suo appello era ben fondato, poichè ha impegnato una contestazione che sapeva dover abbandonare. In tal caso, sembra che il fisco abbia giustamente dritto all'ammenda, come pena del temerario litigante ».

Del resto osserveremo, che, con decisione dei 14 dicembre 1809, la seconda camera della stessa corte avea deciso, ma senza far la distinzione che noi abbiam fatto, che la rinunzia portava con se la restituzione dell'ammenda Ed in tal modo appunto avea già giudicato la Corte di Brusselles, con decisione de' 28 gennajo 1808 (*vedi Sirey, tom.* 8. *DD. pag.* 309); ma noi siamo fermi nella distinzione supposta dalla decisione della Corte di Rennes, delli 8 gennaio 1810.

1694. *La parte la quale non SOCCUMBE interamente può ottenere la restituzione dell'ammenda?*

Tal'è la nostra opinione, fondata sul motivo che basta che l'appellante abbia in qualche punto guadagnata la causa, perchè non soffra una pena annessa alla mancanza di qualunque fondamento nell'appello. (*Vedi Berriat Saint-Prix*, *pag.* 438, *nota* 121; *Demiau Crouzilhac*, *pag.* 333, *e Pigeau*, *tom.* 1, *pag.* 590). Puossi d'altronde appoggiare questa opinione con un'argomento ricavato dall'art. 248†313.

ART. 472 † 536. *Se la sentenza è confermata, l'esecuzione appartiene al tribunale che ha giudicato in prima istanza; se è rivocata, l'esecuzione tra le stesse parti appartiene alla corte di appello che ha pronunziato; o a quell'oltro tribunale che la stessa corte avrà destinato nella sua decisione* (1), *eccettuoti i casi*

(*) Presso di noi non vi è necessità di deposito anteriore alla decisione, e molto meno contemporaneo all'atto di appello. La multa non è dovuta che per condanna contenuta nella decisione di appello; ed allora, passandosi l'estratto al direttore della registratura, la riscossione vien fatta dal ricevitore col rito delle coazioni, ai termini de la legge del registro e delle istruzioni finanziare su questo ramo. Ciò posto è agevole per no risolvere le quistioni dall'A. proposte al num. 1693 e 1694.

(1) GIURISPRUDENZA,

1. La esecuzione di una decisione la quale annulla una sentenza per difetto di forma, appartiene alla corte, ancorchè la decisione abbia pronunziato sul merito, siccome avea praticato la sentenza an-

di dimanda per nullità di condanna ad arresto personale, per espropriazione forzata e per gli

nullata. — (*Cassaz.* 29 *gen.* 1818 ; *Sirey*, *tom.* 19, *pag.* 33).

2. Allorchè la esecuzione di una decisione la quale pronunzia una separazione personale appartiene alla corte, ad essa appunto dee indirizzarsi la moglie la quale reclami una proroga del termine fissato dal. l' art. 1463 † T. del codice civile, per accettare o ripudiare la comunione. — (*Ibidem*).

3. I giudici di appello, accogliendo una dimanda principale rigettata da' primi giudici, vengono con ciò a pronunziare virtualmente l'annullamento della sentenza di prima istanza. Non è necessario che la decisione porti l' espressioni di uso, *ammette l' appello ed annulla ciò da cui si è appellato.* (*) (*Cassaz.* 18 *luglio* 1820 ; *Sirey*, *tom.* 21, *pag.* 97)

4. Essi possono, senz' annullare preliminarmente la sentenza del tribunale di prima istanza, ordinare, per esempio, una perizia o una pruova testimoniale, dichiarata inammissibile da detta sentenza, allorchè decise sul merito — (*Cassaz.* 4 *gennaio* 1814 ; *Sirey*, *tom.* 20, *pag.* 160.)

5. Essi possono liquidare il risarcimento de' danni ed interessi accordato da una sentenza di cui è pronunziata la conferma ; perchè ciò non è una esecuzione di questa sentenza, ma un appendice, ossia un compimento della decisione. — (*Roano*, 26 *gennaio* 1814 ; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 412).

6. Allorchè dal tribunale di prima istanza fu rigettata una dimanda per la divisione di una eredità, la corte la quale annulla questa decisione, può ordinare che si proceda, innanzi a' primi giudici alla liquidazione di siffatta eredità. — (*Cassas.* 12 *giugno* 1806, *Sirey*, *tom.* 7, *parte* 2, *pag.* 974)

6. I giudici di appello per la esecuzione di una sentenza interlocutoria, da essi pronunziata, non possono rinviare le parti al tribunale di prima istanza, giacchè ciò sarebbe lo stesso che far loro sorpassare i due gradi di giurisdizione stabiliti dalla legge. — (*Cassaz.* 19 *novembre* 1818 ; *Sirey*, *tom.* 16, *pag.* 116).

8. Quando anche sia vero che l' opposizione ad un pegnoramento di mobili, fatta in virtù di una decisione che rivoca l' impugnata sentenza, dovesse dedursi innanzi la corte, almeno è certo che avendo le parti volontariamente proceduto innanzi al tribunale di prima istanza, non possono, sotto pretesto d' incompetenza, impugnare la sentenza resa su tale opposizione dallo stesso tribunale. Del resto questa eccezione d' incompetenza, non essendo radicale non può essere supplita di officio, — (*Rennes*, 15 *aprile* 1816 ; *vedi l' osservazione generale fatta alla fine del numero seguente*).

9. Un tribunale di prima istanza non può conoscere della esecuzione di una decisione della corte allorchè questo tribunale pronunzia su di un sequestro fatto in virtù di detta decisione. — (*Rennes*, 9 *marzo* 1813).

10. Allorchè una decisione ha annullata una sentenza, in forza della quale erasi presa una iscrizione ipotecaria, la dimanda di cancellazione formata in seguito, non è riputata qual esecuzione della decisione : nè può portarsi *de plano* innanzi la corte, secondo l' art. 472 † 536 del codice di procedura, perciocchè tale dimanda è una vera azione principale in cui si debbono osservare i due gradi di giurisdizione. — (*Parigi*, 23 *maggio* 1817 ; *Sirey*, *tom.* 18, *pag.* 20).

(*) Crediamo non inutile fare una osservazione (ricavata da una nota, del sig. Cafaro, tradut. di Pigeau, vol. 2, pag. 148) sul modo di pronunziare le decisioni dalle odierne G. Corti civili.

Vedesi adoperata con frequenza da' tribunali del regno delle Due Sicilie ne' giudicati di appello la frase *annulla l' appello e ciò di cui è appello* (vale a dire l' appellazione e la prima sentenza) *ed emendando*, oppure, *facendo ciò che far dovea il primo giudice con novella sentenza ec. ec.*

Sembra che la riportata frase *annulla l' appello a ciò di cui è appello* mal si accordi coll' indole e col sistema della procedura che ha regolato un tempo e che ora regola le appellazioni presso di noi. Siffatta frase traeva sua origine dalle antiche costumanze francesi de' tempi della cavalleria, quando le liti si decidevano col combattimento giudiziario. In quel tempo ogni lite cessava con unico combattimento fra le parti, nè era permesso ripeterlo tra queste. E per emendare una sentenza ingiusta la parte soccumbente dovea chiamare il giudice che avea pronunziato, innanzi al magistrato a lui superiore, accusando di falsità e d'iniquità il giudice istesso, e quindi combattere con costui su tale imputazione. Qualora avveniva che la parte vinceva il giudice, ciò non portava che egli avea guadagnata la causa, ma conseguenza della vittoria era che tutto il già fatto rimaneva distrutto, e si avea come non avvenuto ; e la pugna per lo giudizio in merito ricominciava fra le parti, come se mai altro ne fosse intervenuto fra esse.

Aboliti in Francia i combattimenti, dato novello e più regolare ordinamento alle appellazioni per gli stabilimenti emanati da S. Luigi, si ritenne in certa guisa la natura e forma antica delle appellazioni, cui bene addicevasi la formola testè riportata.

L' antico e l' attuale sistema nostro intorno alle appellazioni era basato sopra principî affatto diversi. Ora è permesso alle parti (pochi casi esclusi) di far subire alle loro controversie doppio esame innanzi a due giurisdizioni diverse in grado gerarchico ed in composizione. Quindi l' appellazione non era e non è ora fra noi una provocazione al giudice per sostenere in pugna la sua sentenza ; bensì è la provocazione di una parte litigante all' altra per farsi novello esame della causa innanzi ad altra giurisdizione che si crede più illimitata, che può meglio istruirsi, che è com-

altri casi ne' quali la legge attribuisce giurisdizione (*).

CCCXCI. Il procedimento per la esecuzione delle sentenze, dopo di esser state confermate in grado di appello, esigeva regole più precise di quelle che seguivansi prima della pubblicazione del codice di procedura. In una parte della Francia la esecuzione rimaneva al tribunale che avea pronunziato sull'appello; in altre, rinviavasi la esecuzione ai primi giudici; e finalmente in talune altre, dipendeva dalla volontà dei giudici di appello di rinviare o di ritenere.

L'art. 472 stabilisce a tal riguardo un sistema uniforme.

Se la sentenza è confirmata, non vi ha ragione perchè la circostanza di un'appello rigettato spogli il tribunale di prima istanza del dritto che avrebbe avuto, senza un tale appello, di eseguire la sua sentenza: *epperò cotesto dritto ritorna ad esso tutto intero siccome sarebbegli rimaso qualora non vi fosse stato appello*. (*Rapporto al corpo legislativo.*) È questo benanche interesse delle parti, il cui domicilio ed i cui beni sono quasi sempre più vicini al luogo ove il tribunale risiede.

Se la sentenza è rivocata, la legge si rimette alla saggezza dei giudici di appello; essi possono ritenere la esecuzione, ovvero temendo che i primi giudici, indisposti dalla loro sentenza rivocata, apportassero qualche prevenzione nelle difficoltà che potrebbe presentare la esecuzione della decisione pronunziata in appello, possono indicare un'altro tribunale che deve necessariamente esser quello nel quale sarebbe più facile e meno dispendioso esercitare gli atti di esecuzione.

Ma se, nel corso di tali procedure, vi siano dimande di nullità di arresto e di spropriazione forzata, vuole la legge che in questi casi ed in altri ne' quali vi sia una giurisdizione determinata o dal codice di procedura, o dal codice civile, o da una legge speciale, il tribunale si uniformi alle loro disposizioni. — (*Esposizione dei motivi*).

1695. *Allorchè la corte conferma una sentenza emanata da un tribunale di commercio, deve forse ritenerne la esecuzione o deve rinviarla innanzi al tribunal civile ?*

I tribunali di commercio non conoscono della esecuzione delle loro sentenze (*supra, art.* 442); cosicchè, quantunque l'art. 472 dichiari ch'essa appartenga al tribunale che ha giudicato in prima istanza, la corte non può rinviare la causa innanzi ad essi: donde sembra risultare esserne l'attribuzione del tribunal civile, nella giurisdizione del quale trovasi il tribunal di commercio, la di cui sentenza fu confermata.

Ma se si pone mente che l'art. 472, siccome disse l'oratore del Tribunato, rinvia la esecuzione al primo giudice sol perchè risguarda il dritto che senza l'appello avrebbe avuto di eseguire la sua sentenza; che un tal dritto non appartiene al tribunal di commercio, e che d'altronde è nell'interesse delle parti aver per giudice della esecuzione quegli che conosce il merito della causa, si dovrà certamente decidere che la corte, in questa circostanza particolare, deve ritener la esecuzione della sentenza, da lei confermata. Tal'è la nostra opinione sulla presente quistione, suscettiva di controversia, e che tantoppiù noi desideriamo veder risoluta con qualche decisione, in quanto che sembraci non essere

posta da maggior numero di giudici, e tutto esclusa ogni ingerenza de' giudici di prima istanza. Così essendo è chiaro che l'appellazione è l'atto che sommette la controversia a novello esame da farsi da altro giudice di rango superiore al primo nell' ordine di gerarchia.

Quindi segue mal convenire ora la frase annulla *l'appello e ciò di che è appello*. Annullando l'appello si toglie di mezzo l'atto che conferisce la cognizione della causa, e quindi viene a mancare la base su cui deve la medesima pronunziare.

Sembra quindi che all'attuale sistema convenga meglio la formola che ammette l'appello, e facendo al medesimo dritto in tutto o in parte rivoca, o modifica la sentenza de' primi giudici; e (nel primo caso) facendo ciò che far doveano i primi giudici, rigetta, dichiara, ordina ec. e (nel secondo caso) modificando la pronunziazione de' primi giudici, rivoca la sentenza appellata per la parte ec. . . . ed ordina che pel dippiù la medesima si esegua, ec.

(*) Il nostro art. 536 differisce benanche in qualche parte dall' art. francese 472; poichè in quest' articolo trovasi aggiunta, allorchè la sentenza è rivocata . . . . « o a quell' altro tribunale che la stes» sa corte avrà destinato nella sua decisione »; il che manca nel nostro articolo, in cui però più appresso leggesi questa soggiunta . . . . « ovvero » al tribunale medesimo che ha deciso in prima » istanza »; il che era controverso nella francese giurisprudenza.

stata ancora trattata da alcuno scrittore (*).

1696. *Allorchè la sentenza del tribunal di commercio è rivocata, spetta forse alla corte di conoscere della esecuzione della sua decisione?*

Può dirsi, in sostegno dell' affermativa che la disposizione dell' art. 472 pronunzia in un modo generale,e basta per conseguenza che la sentenza appellata sia dalla corte rivocata, perchè ad essa appartenga la esecuzione della sua decisione. Nulladimeno Lepage nelle sue quistioni pag. 317, osserva che l' art. 472 priva i primi giudici del dritto di conoscere della esecuzione della decisione che ha rivocata la loro sentenza,temendo che eglino non favorissero la parte alla quale avean fatto vincere la causa. Or, egli dico,questo motivo non esiste, rispetto alle sentenze dei tribunali di commercio,la cui esecuzione appartiene ai tribunali ordinari. (*V. gli art.* 442 † 653 delle ll. di comm. e 533† 613): epperò non può applicarsi a tali sentenze quanto è disposto nell'art. 472. Una corte contravverrebbe anche a questo articolo, conservando la esecuzione della sua decisione, perciocchè dal principio generale in esso stabilito,sono eccettuati i casi nei quali la legge *attribuisce giurisdizione;* or l'art.553 attribuisce giurisdizione a'tribunali ordinari per la esecuzione delle sentenze dei tribunali di commercio: quindi le corti di appello non possono privarli di questa attribuzione.

Noi non crediamo doversi ammettere una tale opinione, la quale tende a creare una eccezione non stabilita dalla legge; e se gli è vero che accorda alle corti il dritto di conoscere della esecuzione delle loro decisioni che *rivocano* le sentenze dei primi giudici, temendo che costoro non usino qualche parzialità, è parimenti certo che questo dritto deriva dalla natura delle cose, indipendentemente da tale considerazione. Difatti i giudici di appello,dopo di aver rivocata quella emanata in prima istanza, stabiliscono una novella sentenza:perciò è naturale che conoscano della esecuzione della loro decisione, precisamente perchè, potendo essi soltanto conoscerne lo spirito, sono essi più di chiunque altro adatti a spiegarlo nell' occorrenza. La obiezione desunta dal motivo che la legge attribuisce giurisdizione ai tribunali di prima istanza per conoscere della esecuzione delle sentenze emesse da quelli di commercio, è più speciosa che legale; perciocchè non trattasi, nella specie in esame, della esecuzione di una sentenza emanata da un tal tribunale, ma della esecuzione di una decisione che ha stabilita una novella sentenza.

1697. *Se i giudici di appello confermino certi capi della sentenza e ne rivochino altri, a qual tribunale apparterrà la esecuzione?*

L' esecuzione di una sentenza è indivisibile e per conseguenza non può appartenere che a un sol tribunale. Ma vi ha un motivo di preferenza a favore di colui che ha pronunziato la sentenza sulla quale han deciso i giudici di appello, e questo motivo deriva dal perchè cotesto tribunale ha diggià di pieno dritto la esecuzione per la parte confermata, e d'altronde soltanto in linea di eccezione lo art. 472 attribuisce al giudice di appello la esecuzione della parte rivocata.

Del resto, potrebbesi forse ragionevolmente opinare, come gli autori del pratico, tom. 3, pag. 215, che la corte di appello non sarebbe assolutamente incompetente, e che la stessa ragione per cui appartiene la esecuzione relativamente alla parte rivocata, può benanche essa stessa conoscere della esecuzione, o far uso del dritto di rinviare la causa a quel tribunale che più credesse opportuno (1).

1698. *Ma possono i giudici di appello, nei casi in cui rivocassero interamente la sentenza di prima istanza, indicare, per l' esecuzione, il tribunale da cui venne pronunziata?*

Pigeau, tom. 1, pag. 597, conviene che i termini dell' articolo 472 sono per la negativa. Questo articolo dichiara: « se la sentenza è confermata, *la esecuzione apparterrà al tribunale da cui si è prodotto appello;* e s' è *rivocata* apparterrà alla corte di appello o *ad un altro tribunale* » il che sembra voler dire che

(*) Notisi che per le sentenze dei tribunali di commercio la esecuzione presso di noi non è dei soli tribunali civili, ma eziandio dei giudici di circondario, giusta le loro rispettive competenze, in conformità dell' art. 656 delle leggi commerciali.

(1) Questa opinione fu consacrata da una decisione della corte di Rennes del 7 ottobre 1815 poichè con tal decisione vien dichiarato che l' art. 472 † 536 non avendo previsto il caso in cui la corte rivoca e conferma nello stesso tempo la medesima sentenza sotto il rapporto delle sue diverse dispositive, nulla impedisce, e sovente è richiesto dall' interesse delle parti, che la corte ritenga la esecuzione della sua decisione, precisamente quando siavi connessione tra la dispositiva confermata e quella rivocata.

rinviandosi ad un' altro tribunale, dovrà essere *un' altra* tribunale diverso da quello dal quale si è appellato. Nulladimeno lo stesso autore persiste a dimostrare che sotto le parole, *un' altro tribunale*, va compreso quello *di cui è appello*, al quale egli crede poter la Corte rinviare la causa, qualora non abbia luogo a temere per parte sua alcuna prevenzione.

Noi però stiamo ai termini dell' articolo, e crediamo per conseguenza che una corte di appello non possa giammai attribuire la esecuzione della sua decisione al tribunale la cui sentenza ha essa rivocato; fondando la nostra opinione, primieramente, sul perchè nessuno riguardo si ebbe nella redazione dell' art. 472, alla proposta fatta dalla corte di Rennes, di enunciare che la esecuzione potrebbe *esser devaluta anche al tribunale che avesse pronunziato la sentenza rivocata*; in secondo luogo, sul motivo che il tribuno Albisson, nel suo rapporto al Corpo legislativo (*vedi lo ediz. di F. Didot, p.* 169) dice espressamente che le corti di appello potranno rinviare la esecuzione *ad un tribunale diversa da quello che avea pronunziata la sentenza rivocata* (*).

1699 *Una corte di appello può pronunziare sulla nullità di un' atto stragiudiziale, il cui effetto è di arrestare la esecuzione di una decisione che ha rivocata la sentenza appellata senza che siffatta nullità sia stata eccepita mediante un' azione principale innanzi ad un tribunale di prima istanza ?*

L' affermativa risulta da un' arresto della corte di cassazione, del 5 luglio 1807, in quanto che giudicò, fra gli altri punti, che la dimanda di rigettamento di opposizione ad un divorzio, autorizzata da una decisione che *rivocò* la sentenza appellata, poteva direttamente introdursi innanzi la corte di appello: or tale dimanda era fondata sulla nullità dell' atto stragiudiziale che conteneva siffatta opposizione.

1700. *Una corte la quale, sulla dimanda di revindica di beni, pronunziò, con una decisione che* RIVOCAVA *la sentenza, sulle qualità delle parti, e sui dritti rispettivi allo cosa, può forse conoscere della dimanda di divisione dei beni che han formato l' oggetto della lite.*

Con decisione de' 27 luglio 1809 la corte di Liegi giudicò che una tale dimanda non avendo per oggetto che la esecuzione della decisione che *rivocava* la sentenza, era stata per conseguenza validamente intentata innanzi alle corti di appello, uniformemente all' art. 472. Noi siam lungi dal credere che tale decisione sia al coverto da qualunque controversia, e secondo le ragioni raccolte da Sirey nel render conto de' motivi delle parti, noi saremmo all' opposto inclinati a credere che la quistione dovrebb' essere altrimenti risoluta (1) —(*Vedi tali osservazioni nella Collezione del* 1809, *part.* 2: *pag.* 65.)

ART. 473 + 537. *Se allorchè essendosi interposta appello da una sentenza interlocutoria la sentenza venga rivocata, e la causa sia in istato di esser decisa deffinitivamente, le corti ed altri tribunali di appello possono giudicare simultaneamente sul merito con una sola e medesima sentenza.*

La stessa disposizione ha luogo, ove le corti o altri tribunali di appello rivacassero le sentenze deffinitive (2) *o per vizio di forma a per qualunque altra motivo* (3) (**).

Ord. del 1667, tit. 6. art. 2. — Legge del 24 agosto 1790, tit. 2, art. 15. C. di P., art. 528.

(*) L' aggiunzione fatta al nostro art. 536 renda inutile presso di noi la presente quistione 1698.

(1) Il che ci mena a far la seguente osservazione generale, la quale, ove fosse ben fondata, potrebbe contribuire a determinare le opinioni sol senso e sull' applicazione dell' art. 472 + 536, cioè che bisogna guardarsi dal confondere, come noi crediamo aver fatto la corte di appello di Liegi, ciò ch' è a praticarsi, o può praticarsi, affinchè una sentenza produca i suoi effetti colle dimande, le quali potrebbero in verità rannodarsi all' oggetto di questa sentenza, anzi potrebbero esser fondate sulla decisione ch' essa racchiode ma che nolladimeno ove non fossero fatte, non le impedirebbero di ricevere la sua esecuzione, vale a dire, di produrre relativamente agli oggetti, i quali han formata la materia della conclusioni delle parti, gli effetti che esse si son proposte di ottenere.

Per esempio, nella specie del n. 8. della nota precedente, un' opposizione ad un sequestro fatto in virtù della decisione di conferma, non sembraci doversi dedurre innanzi alla corte, se non fosse fondata su mezzi desunti dalla stessa sentenza confermata da quella decisione. Questa opinione trova inoltre un appoggio nella decisione citata al numero immediatamente più sopra.

(2) Vedi il nostro Trattato delle leggi d' organizzazione e di competenza art. 16.

(3) GIURISPRUDENZA.

1. La regola di non poter i giudici, innanzi ai quali è portato l' appello avverso una sentenza in-

CCCXCIII. Nella nostra organizzazione giudiziaria non riguardasi più la giurisdizione come una specie di patrimonio; epperò non eravi ragione ad impedire che il dritto di giudicare fosse attribuito o modificato secondo l' interesse delle parti.

L' ordinanza del 1667 avea proibito a tutti i giudici di evocare a se le cause pendenti innanzi ai tribunali di commercio, sotto pretesto di appello o di connessione, a meno che non si trattasse di giudicar definitivamente all'udienza ed immediatamente con una sola e medesima sentenza (1).

In tal caso ammettevasi l' appello avverso tutti gli atti d' istruzione cosicchè potevansi, richiamare quasi tutte le cause anche prima che fossero istruite, in modo che la disposizione la quale ordinava di giudicare all' udienza ed immediatamente, era continuamente ed impunemente violata.

Ma noi abbiam già vednto, art. 451', che oggidì è permesso di appellare, prima della sentenza definitiva, soltanto dalle sentenze interlocutorie che pregiudicassero il merito.

Nel caso in cui fosse rivocata la sentenza interlocutoria, e la causa fosse capace di ricevere una sentenza definitiva, possono i giudici di appello pronunziarla; riportandosi la legge alla loro saggezza per decidere se, in questo caso, non fosse inutile, e forse anche pregiudizievole alle parti, di far loro ancora percorrere due gradi di giurisdizione.

Vale anche lo stesso, ed a maggior ragione, allorchè le sentenze definitive sono rivocate da decisioni pronunziate in appello sia per difetto di forma, sia per qualunque altra ragione, e che la causa trovisi in istato di essere definitivamente decisa, perciocchè in tal caso i primi giudici avendo pronunziato nel merito, sononsi già percorsi due gradi di giurisdizione (2) (*Esposizione dei motivi*) (3).

1701. *Qual' è il modo di pronunziare sugli appelli?* (4)

Per risolvere questa quistione bisogna prima di tutto considerare che in materia civile, un tribunale di appello è nel tempo stesso giudice del rito e del merito; che esso è incaricato di

terlocutoria, profferire sul merito, se non quando vi è luogo a rivocarla, sotto condizione di pronunziare con una sola e medesima sentenza, non è rigorosamente applicabile al caso in cui i giudici conoscono della causa, non per effetto dell' atto di appello, ma di conclusioni rispettivamente proposte, e tendenti ad evocar la causa. — (*Cassaz.* 1. *luglio* 1818; *Sirey*, *tom.* 19, *pag.* 258).

2. Allorchè in prima istanza si è quistionato se una disapprovazione fosse o pur no regolare, i giudici di appello non possono evocare o ritenere la causa per decidere sugli effetti della disapprovazione, non essendo in questo caso la materia in istato di decisione deffinitiva. — (*Cassaz.* 1. *feb.* 1820; *Sirey*, *tom.* 20, *pag.* 346).

3. Essi possono al contrario decidere deffinitivamente quando la causa si trovi in istato di esser decisa, quantunque l' appello versi unicamente su di un vizio di forma, o di altro simile mezzo. — (*Rennes* 26 *maggio* 1815).

Nota. *Queste due decisioni possono sembrare opposte fra loro; ma l' apparente contraddizione scomparisce, allorchè si considera che nella specie della decisione di Rennes trattasi di un vizio di forma inerente alla sentenza medesima, ed in quella della corte di cassazione, di un vizio di forma che tendeva a far annullare la procedura della disapprovazione.*

(**) La disposizione contenuta nell'art. francese 473 è stata conservata nel nostro art. 537 sol per gli *appelli interposti da una sentenza provvisionale, o sopra dimande provvisionali.*

(1) Vedi il nostro Trattato sulle leggi di organizzazione e competenza, lib. 3 tit. 5, cap. 2. sez. 1.

(2) Vedi il nostro Trattato sulle leggi di organizzazione e competenza, art. 16.

(3) Nè due casi in cui i giudici rivocano o una sentenza interlocutoria o una sentenza deffinitiva, si osserva che, oltre il vantaggio per le parti di ottenere all' istante da un tribunale superiore una decisione deffinitiva, la quale risparmia loro una nuova causa egualmente soggetta, come la prima, a due gradi di giurisdizione, esse avranno già sperimentate questi due gradi, e la legge che garentisca un tal diritto a tutti i cittadini, non avrà patita veruna violazione.

Ed infatti se è evidente, nel secondo caso, che il merito della causa fu già discusso innanzi al tribunale inferiore, ciò debbe sembrare certo nel primo; perciocchè non poteva ordinarsi la sentenza interlocutoria senza essersi impugnato che sotto pretesto d' essere inutile o non ammissibile, non poteva sostenersi alcuna di queste due cose se non per mezzo del merito della causa, ed allegandosi che non doveva pronunziarsi deffinitivamente senza il soccorso di una sentenza interlocutoria. — (*Rapporto al corpo legislativo*).

(4) Noi proponiamo tale quistione generale, perchè ci sembra necessario risolverla onde facilitare l' intelligenza di quella che or ora esamineremo sull' esercizio del dritto di profferire sul merito, che l' art. 473 † 537 del codice di procedura concede ai giudici di appello, allorchè rivocano una sentenza ne' casi previsti da questo medesimo articolo.

mantenere le regole dell'ordine giudiziario e quelle del dritto e della giustizia, che la loro missione consiste non solamente a correggere le irregolarità commesse dai primi giudici nella forma dei loro atti, ma eziandio gli errori o le omissioni che han potuto ad essi sfuggire sul merito della causa.

Da ciò molte conseguenze che trovansi enunciate nelle Quistioni di dritto di Merlin (*nuova ediz. tom.* 1 *p.* 139, *alla parola* appello *n.* 2) e nell' opera di Berriat Saint-Prix pag. 435.

Primieramente, allorchè l' appello è nullo o inamissibile sia perchè l' atto di appello non è redatto o modificato uniformemente alle formalità prescritte dagli art. 16, 68, 456 ec., sia perchè non sia stato notificato dopo i termini, sia perchè la sentenza, per tutt' altra causa ha l'autorità della cosa giudicata, allora i giudici di appello limitansi a pronunziare la nullità o il rigettamento dell' appello, non essendo competenti a giudicare della causa e per conseguenza la sentenza impugnata produrrà tutt' i suoi effetti.

In secondo luogo, se l' appello è mal fondato, sia perchè i giudici superiori pronunziino essere la sentenza regolare nella forma, sia perchè decidono aver ben giudicato nel merito, essi lo sostengono o lo confermano, e rinviano la causa, per la esecuzione, al tribunale che ci ha pronunziato.

In terzo luogo, se all' opposto non sia stata elevata alcun' eccezione d'inamissibilità contro l' appello i giudici di appello impadronitisi della causa, pronunziano se siasi bene o mal giudicato, sia nel rito sia nel merito (1).

1702. *In qual senso fu compilato l'art.* 473, *e quali sono in conseguenza i principî che debbono dirigere il giudice di appello nell' esercizio della facoltà concessagli di rinviare o di ritenere il merito della causa* (2)?

Proclamando come principio fondamentale dell' amministrazione della giustizia quello di un doppio grado di giurisdizione, le leggi del 1790 imposero ai giudici di appello, allorchè rivocavano una sentenza la quale non avea, ovvero avea incompetentemente pronunziato sul merito l' obbligo di rinviare la causa innanzi ai primi giudici.

D' altronde ogni qual volta essi rivocano la sentenza per nullità, vizio di forma, o falsa dichiarazione d'incompetenza, i giudici di appello doveano ritenere il merito sul quale il primo giudice era stato messo in istato di giudicare delle discussioni delle parti, altrimenti sarebbesi violato tanto il principio di due gradi di giurisdizione facendone percorrere più di due, quanto la regola seguente per effetto della quale i *giudici di appello devono fare quello che i primi giudici avrebbero dovuto fare e non fecero*. — (*Vedi sopra pag.* 165) (3).

Laonde il principio di giurisprudenza ritenuto nella legislazione intermedia era il seguente:

» 1. Vi ha luogo a rinvio ogni qual volta i giudici di prima istanza non han *dovuto pronunziare nel merito o non sono stati messi in istato di pronunziarvi* (4).

(1) Così, dice Merlin, un tribunale di prima istanza, mal giudicando nel merito, ha forse osservato le forme? il tribunale di appello rivoca, e sostituisce altre dispositive a quelle rivocate.

Il tribunale di prima istanza ha forse nel tempo stesso mal giudicato nel merito e violate le forme? Il tribunale di appello annulla la sentenza, e pronunzia egli stesso con una nuova sentenza.

Finalmente, il tribunale di prima istanza ha violate le forme, e ben giudicato nel merito? Il tribunale di appello dichiara la sentenza nulla, ma ne rende una simile sul merito.

Tal' è l' annullamento che fu sempre prescritto ai tribunali di appello, e da cui non potrebbero allontanarsi senza mancare essenzialmente all' oggetto della loro istituzione.

(2) Le difficoltà che presenta continuamente l' applicazione dell' art. 473 † 537 per le contraddizioni reali o apparenti che si trovano, sia tra le decisioni anteriori o posteriori alla pubblicazione del codice di procedura, sia tra quest' ultime stesse, ci hanno determinato a dare su quest'ultimo art. per maggior chiarezza e brevità, una dottrina generale, in vece di trattare particolarmente tutte le quistioni alle quali da luogo. Ma questa non è una ragione per passare tali quistioni sotto silenzio, e noi ne diamo in nota la soluzione, secondo che si riferiscono alle diverse proposizioni stabilite nel testo.

(3) Sotto l' impero della cennata legislazione, non si doveva esaminare quando vi fosse luogo a rinviare o a ritenere in conseguenza di rivocazione di sentenza interlocutoria; poichè la legge del 3 brumaio dell' anno 2 interdiceva l' appello tanto da queste sentenze, che dalle sentenze preparatorie rese prima della sentenza deffinitiva.

(4) Perciò colle decisioni de' 12 pratile dell'anno 8, e 6 vendemmiale anno 9, 16 brumaio, e 27 fruttidoro dell' anno 11, e 7 glaciale anno 13, la corte di cassazione decise che il giudice di appel-

» 2. Vi ha luogo a *ritenere* la causa ogni qual volta le parti essendosi difese nel merito i *primi giudici furono messi in istato di giudicare* (1) ».

Stabiliti questi preliminari, noi dobbiam fare osservare la differenza esistente su questo punto tra i principi della g urisprudenza intermedia, e quelli che debbonsi adottare in esecuzione dell'art. 473, e ci facciamo a determinare il senso di questo articolo secondo il suo spirito, il suo testo e le decisioni delle corti sovrane.

Colla sua prima disposizione, esso permette al giudice di appello, che rivoca una sentenza interlocutoria, val dire una sentenza la quale, non pronunziando sul merito della controversia, ordina soltanto una misura necessaria per giungere a giudicarla, di pronunziare nel tempo stesso sul merito, *definitivamente con una sola e medesima sentenza, qualora la causa è in istato di essere definitivamente decisa.*

Colla seconda disposizione, parimenti autorizza, *e sotto le stesse condizioni*, il giudice di appello a pronunziare nel merito, allorchè rivoca una sentenza definitiva, sia *per vizio di forma*, sia *per qualunque altra causa.*

Per lo che la legge attuale converte in semplice facoltà l'obbligo che la precedente legge imponeva rigorosamente al giudice di appello. Oggidì, per servirci dell'espressioni dell'oratore del Governo, *la legge rimettesi* AL CONTRARIO *alla saggezza dei giudici, per decidere se, nel caso di rivocazione della sentenza,*

lo, il quale aveva dichiarato nulla ed incompetentemente pronunziata una sentenza di prima istanza, o che aveva rigettata una eccezione d'inammissibilità, non aveva potuto giudicare sul merito senza infrangere il principio de' due gradi di giurisdizione; poichè non poteva dirsi essersi esaurito il primo coll'esame, ed anche colla decisione di un giudice incompetente. — (*Sirey*, *tom.* 1, 2 *parte*, *pag.* 378; *tom.* 6, 2. *parte*, *pag.* 475; *tom.* 20, *pag.* 480 *ed appresso la quistione* 2426).

Così pure con decisione del 28 nevoso anno 11, la stessa corte dichiarò che un tribunale, cui viene deferito l'appello da una sentenza che rimette la causa ad altri giudici a motivo di una pendenza di lite, non poteva ugualmente pronunziare sul merito senza violare lo stesso principio; poichè il tribunale non era stato messo in istato di pronunziare.

(1) La corte di cassazione giudicò in conseguenza esservi luogo a ritenere la decisione sul merito.

1. Allorchè il giudice di appello annullava per vizio di forma. — (24 *pratile anno* 8, e 30 *glaciale anno* 11; *Sirey*, *tom.* 1, 2. *parte*, *pag.* 250, e *tom.* 3, *idem*, *pag.* 258.

2. Allorchè annullava sul motivo di essersi pronunziata la sentenza da un tribunale competente, ma illegalmente composto. — (30 *ventoso anno* 11, *Sirey*, *tom.* 3, *pag.* 215. *nelle note*).

3. Allorchè il primo giudica non aveva pronunziato su di una dimanda di danni ed interessi e di restituzione di prezzo come *compresa* in quella che contro al suo garante avea prodotto un compratore *evinto*, ond' esser indenizzato di tutte le condanne le quali intervenissero contro di lui; donde risulta che il primo giudice era stato messo in grado di profferire su tutta la causa. — (24 *fiorile anno* 11; *Sirey*, *tom.* 4, 2. *parte*, *pag.* 695.)

4. Allorchè il primo giudice erasi arrestato ad un eccezione dilatoria in voce di decidere sul merito. — (12 *piovoso*, *anno* 12; *Sirey*, *tom.* 4, 2 *parte*, *pag.* 70).

5. Nel caso di denegata giustizia risultante dal perchè il primo giudice *mal a proposito* si fosse astenuto dal giudicare una causa, ch' era nello stato d'essere definitivamente decisa. — (27 *agosto* 1806; *Sirey*, *tom.* 6, *parte* 2., *pag.* 740).

6. Per conseguenza dello stesso principio, la corte di Rennes con decisione della seconda camera del 9. nov. 1806, dichiarò ritenere la cognizione del merito in una dimanda di conto reso e discusso in prima istanza; ma, secondo l'art. 528 † 711, dovrebbesi oggidì decidere il contrario.

Si potrebbero citare alcune decisioni dalle quali sembrerebbe risultare essere stato sufficiente, perchè il giudice di appello potesse ritenere la cognizione del merito, che il primo giudice avesse conosciuto della dimanda, quantunque essa non fosse stata discussa innanzi a lui; per esempio, quella del 37 germile dell'anno 4, con cui fu giudicato, che il tribunale di appello, il quale rivocava una sentenza di prima istanza, con cui erasi ammessa una dimanda di perenzione, poteva profferire nel tempo stesso sul merito, *se lo trovava nello stato di esser deciso.* Un'altra del 27 ventoso dell'anno 4, colla quale la corte di cassazione dichiarò che il giudice di appello, annullando un esame testimoniale, poteva ritenere la cognizione del merito ed ordinare che si rinnovasse l'esame innanzi a lui. — (*Sirey*, *tom.* 4, *pag.* 214). Ma queste due decisioni, non sono in contraddizione col principio enunciato, attesochè nell'una e nell'altra specie erasi discusso il merito; per conseguenza il primo giudice era stato messo in grado di giudicarlo. La seconda servirebbe soltanto a provare, che sotto la giurisprudenza intermedia, il giudice di appello non era rigorosamente obbligato, come al presente, pronunziare prontamente con una sola e medesima decisione.

Del resto noi rammentiamo queste decisioni, a sol' oggetto di somministrare opportunità di trarne, rispetto all'applicazione dell'art. 473 † 537, quelle induzioni che si crederanno convenienti.

fosse inutile o anche pregiudizievole alle parti far loro percorrere due gradi di giurisdizione.

Ogni qual volta adunque il giudice di appello stimi conveniente di ritenere, ovvero di rinviare il merito della causa, il ricorso in cassazione contro la sua sentenza sarebbe ammissibile soltanto nel primo caso, ed allora verrebbe a violarsi una delle condizioni prescritte dall'articolo, sia pronunziando *su di una causa che non fosse in istato di essere definitivamente decisa* (1), sia pronunziando una tale decisione *separatamente da quella che l'avesse rivocata* (2).

(1) Perciò nel caso in cui si trattasse della rivocazione di una sentenza interlocutoria, perchè il giudice di appello ritenga validamente la cognizione del merito fa d' uopo che l' istruzione sul medesimo siasi sufficientemente fatta innanzi a' primi giudici (*vedi la decisione di Rennes del* 22 *luglio* 1814, *giornale tom.* 4, *pag.* 289), o che laddove si trattasse di un vizio di forma non vi fosse quistione d' irregolarità, il di cui effetto sarebbe di annullare la intera procedura e di obbligare a farne una novella.

Per la stessa ragione è cosa evidente che, se la causa si trovasse in tale stato che il tribunale di prima istanza non ancora avesse potuto pronunziare sul merito è chiaro che il giudice di appello neppure il potrebbe. Così appunto accade ogni qual volta egli è stato obbligato di ordinare qualche atto d' istruzione o di procedura, ovvero quando sia dimostrato che il merito non ha ricevuto alcuna istruzione in prima istanza, o finalmente quando sia dichiarato che il primo giudice abbia incompetentemente proceduto. Quest' ultimo caso nel quale la istruzione fatta in prima istanza debb' essere necessariamente considerata come non avvenuta, rientra in quella specie degli altri due. — (*V. le quist.* 1704, 1705 *e* 1796 *ec.*)

Ma del pari poichè la legge autorizza il giudice di appello a ritenere la causa allorchè la materia è disposta a ricevere una decisione deffinitiva, ne segue che rivocando una sentenza interlocutoria pronunziata dopo la discussione del merito, egli può su di esso decidere deffinitivamente sol col farsi rilasciare le rispettive produzioni, ed ancorchè l'intimato siasi limitato a sostenere l' appello innammissibile per la forma. — (*Cassaz.* 8 *decembre* 1813; *Sirey tom.* 14, *pag.* 121.)

È pur sufficiente che siasi deciso in prima istanza sul merito della causa, anche in contumacia, perchè il giudice di appello il quale, a motivo di qualche vizio di forma rivoca la sentenza deffinitiva pronunziata sull'opposizione alla sentenza contumaciale, possa giudicare nel tempo stesso sul merito, se la causa gli sembra nello stato di esser decisa. — (*Caen* 4 *maggio* 1813; *Sirey*, *tom.* 13, *pag* 400.)

Noi crediamo ch' egli possa egualmente, sull' appello dalla sentenza contumaciale, pronunziata contro il convenuto, profferire sul merito ch'ei credesse in istato di esser deciso poichè il primo giudice non ha pronunziata che dopo di aver trovate giuste e ben verificate le conclusioni delle parti. (*Vedi l'art.* 150 † 244). Ma sarebbe diversamente, ove si trattasse di una sentenza di congedo, siccome avvisò la corte di Torino con decisione del 23 agosto 1809 (*vedi Sirey tom.* 15, *pag.* 64), perchè però le parti non avessero discusso il merito innanzi al giudice di appello. Che se d' altronde si fossero limitate a discutere i mezzi di forma i quali dessero luogo a rivocare la sentenza non si potrebbe considerare la causa come nello stato di esser decisa deffinitivamente, poichè in prima istanza le conclusioni dell' attore contumace sarebbero state rigettate *senz' esame.*

(2) Segue da questa seconda condizione che dall' antica giurisprudenza non era rigorosamente obbligato il giudice di appello (*vedi sopra pag.* 269 e 270), di non poter cominciare dal rivocare la sentenza impugnata a ritenere la cognizione del merito per deciderlo in seguito. Egli è tenuto di pronunziare subito e senz' alcun intervallo di tempo su l' uno e l' altro oggetto, in modo che le dicisioni particolari da profferirsi su ciascuno di essi, non siano che dispositive della stessa sentenza. Egli non può dunque ordinare sul merito alcuna procedura; non può prescrivere alcuna specie di atto, nè potrebbe nel giudicare l'oggetto di una sentenza interlocutoria, o le quistioni di nullità o di forma che si fosse promessa dietro una sentenza deffinitiva, differire ad altro giorno le aringhe sul merito, il che appunto fu giudicato nella più formale maniera con decisione della corte di cassazione del 12 novembre 1816 riportata da Sirey al tom. 17, pag. 400.

Nondimeno la corte di Rennes con decisione del 17 aprile 1812 3. camera si credè autorizzata a ritenere la cognizione del merito in una causa che non era nello stato di esser decisa, poichè ordinava un esame. Essa poggiò tal decisione sul motivo che « la corte rivocando una » sentenza per controvvenzione alla legge, era au» torizzata dall' articolo 472 † 536 a ritenere la » cognizione del merito, e che l' articolo 473 † » 537 era applicabile sol quando interponesi lo » appello dalle sentenze *interlocutorie.* »

Noi rispondiamo 1. che la seconda disposizione dell' art. 475 formalmente dichiara che in tutt' i casi in cui il tribunale di appello rivoca una sentenza diffinitiva ha luogo la stessa disposizione siccome pel caso in cui rivoca una sentenza interlocutoria, che in conseguenza è inesatto il dire che l' articolo 473 si applica sol quando è interposto l' appello da una sentenza di questa specie. Or poichè la prima disposiziona dello stesso articolo vuole che i giudici di appello non profferissero sul merito che quando *la causa si trovi in istato di essere deffinitivamente decisa* e nol *facciano se non con una sola sentenza*, la corte non

Potrebbe dunque accadere, o che il giudice di appello pronunziasse nel merito, quantunque il primo giudice non vi abbia deciso, ovvero ordinasse il rinvio della causa, non subordinando l'art. 473 un tal rinvio ad alcuna condizione, quantunque questo stesso giudice vi abbia già pronunziato.

Per la qual cosa, nel primo caso, il principio del doppio grado trovasi almeno nella sua applicazione modificato, perciocchè, rigorosamente parlando, *non sarebbe realmente adempito* che da una decisione pronunziata nel merito.

Nel secondo caso, è soggetto ad una vera eccezione, perciocchè una causa è capace di percorrere tre ed anche quattro gradi di giurisdizione.

Si è considerato da una banda essere dell'interesse delle parti ottenere immediatamente, dal tribunal superiore, una decisione definitiva che risparmia loro un novello giudizio: dall'altra, essere parimente utile rinviare la causa ai primi giudici, qualora il tribunale di appello non avesse i necessarii documenti (1).

Or dietro tali spiegazioni ci facciamo ad esaminare le seguenti quistioni.

1703. *Prodotta una dimanda innanzi a primi giudici, senza che costoro abbiano potuto giudicarla, per essere stati costretti a pronunziare sopra una quistione preliminare, possono i giudici di appello pronunziare nel merito?*

Noi risolvemmo la presente quistione per l'affermativa, nella nostra Analisi, quistione 1548, sostenendo essere sufficiente che il merito fosse stato sottoposto al primo tribunale dalle conclusioni di una delle parti, perchè il giudice di appello potesse ritenerne la conoscenza. Per provare questa proposizione noi cercammo di confutare le induzioni contrarie che potrebbonsi trarre da una decisione della corte di cassazione, dei 9 ottobre 1811, osservando che se ne venne accolto il ricorso contro la decisione di appello furon per essa violate due condizioni richieste per l'autorizzazione di ritenere la decisione del merito, ma un novello esame di tali motivi dimostra che questa osservazione non era giusta, poichè la corte suprema comincia dal considerare che il *ritenersi la decisione del merito era una vera avocazione ed una formale esclusione dal primo grado* di giurisdizione, *in quanto che il merito non avea ricevuto, in prima istanza, nè sviluppamento nè istruzione:* donde seguiva che il giudice non era autorizzato a giudicarlo. — (*Vedi Berriat Saint-Prix, pag.* 443, *not.* 112.)

1704. *La corte di appello che annulla una sentenza, sia perchè colpita da un vizio radicale, sia perchè i primi giudici si fossero irregolarmente dichiarati competenti o incompetenti, può forse pronunziare sul merito?*

Potrebbonsi citare molti arresti della corte

poteva ritenere la causa nel merito, poichè coll'ordinare un esame di testimoni essa doveva immediatamente conoscere che la causa non era nello stato di esser decisa, donde segue che dovendo definitivamente giudicarsi con decisione separata da quella che rivocava la corte, ha doppiamente contravvenuto all'art. 473.

2. Che l'art. 572 non concede affatto ai giudici di appello il dritto di ritener la causa nel merito; ch'esso non fa che supporre questo dritto, disponendo, pel caso in cui viene esercitato, che la esecuzione apparterrà o al giudice di appello o ad un tribunale destinato da questo giudice. Ma l'esercizio di questo dritto è subordinato alla disposizione dell'art. 473, il quale, ripetiamolo, lo accorda pel solo caso in cui la materia è in istato di ricevere una decisione diffinitiva, e sotto la condizione di pronunziarsi questa decisione colla stessa sentenza rivocatoria. Tal'era pure la opinione dell'avvocato generale che diede le sue conclusioni in quella causa, ed a cui si uniformò la corte di Rennes; giudicando con decisione del 7 giugno 1816 ch'essa non era autorizzata a ritenere la cognizione di una causa che non poteva giudicare diffinitivamente. — (*Giorn. tom.* 4, *pag.* 289).

Così, con decisione del 25 nov. 1818 (*Sirey*, *tom.* 19, *pag.* 291), la corte suprema giudicò che i giudici di appello i quali rivocano una sentenza pronunziata su di un incidente, non possono avocare ad essi il merito, se non coll'obbligo di profferir su di esso colla medesima decisione.

(1) Noi termineremo con questa riflessione generale: S'egli è vero di esser oggi *semplice facoltà* quel ch'era *obbligo assoluto* pel magistrato supremo sotto l'impero delle leggi anteriori alla pubblicazione del codice di procedura, non è men vero, secondo la mente del legislatore, che i giudici di appello *terminino*, ogni qual volta riesce loro possibile, le cause le quali sono nello stato di esser decise. Il loro zelo per la pronta amministrazione della giustizia non permette dubitare ch'essi trascurino di adempire esattamente questo voto della legge; perciò con decisione dei 28 agosto 1815 la corte di Rennes, riformando una sentenza interlocutoria, non mancò di profferire sul merito, attesochè i titoli prodotti stabilivano sufficientemente il dritto di proprietà, senza che vi fosse bisogno di ricorrere ad altre istruzioni.

di cassazione coi quali fu deciso che in tal caso i giudici di appello non potevano pronunziare sul merito; ma questi arresti che trovansi nelle quistioni di dritto di Merlin, o nel suo Repertorio, precedono l'epoca in cui fu messo in attività il codice di procedura, ed hanno per base le leggi del 1 maggio, e 24 agosto 1790, e 3 brumajo anno 2 (1)? Or l'art. 473 introdusse una regola nuova coll'espressioni generali, *sia per qualunque altra causa* (2).

In conseguenza di questa regola, e fondandoci d'altronde sopra un arresto della corte di cassazione, dei 23 gennajo 1811, riportato da Denevers 1811, pag. 124, noi decidemmo, nella nostra Analisi, quistione 1550, che il giudice di appello poteva ritenere la decisione del merito, anche quando per causa d'incompetenza, qualunque essa sia, rivocasse la sentenza. Noi combattemmo allora la opinione di Berriat Saint-Prix (*vedi*, *pag.* 434, n. 113), alla quale poscia ci uniformammo, n. 2426 del nostro trattato e quistioni, in seguito di una decisione della corte di cassazione, de'30 novembre 1814 (*vedi Sirey*, *tom.* 15, *pag.* 246), la quale consacrava i principi invocati dal nostro saggio collega; ma è probabile che il primo sistema da noi adottato avrebbe oggidì la preferenza, essendo formalmente ritenuto da un'ultimo arresto della stessa corte, dei 24 agosto 1819, così motivato:

» Atteso che, *in ogni caso*, allorchè la causa è in istato di essere definitivamente decisa, i giudici di appello possono pronunziare » definitivamente;

» Atteso che la decisione impugnata compro» va che il ricorrente ha discusso il merito, e » che la causa ha ricevuta da parte sua tutta » la istruzione di cui era suscettibile; che in » tal modo la stessa incompetenza dei primi » giudici non ha potuto impedire la corte di » appello di pronunziare essa stessa allorchè » eccedeva i limiti della sua competenza, *de*» *terminata dall'azione introduttiva del giudi*» *zio* ». Donde risulta essersi fatta una giusta » applicazione dell'art. 473 del codice di pro» cedura civile, il quale contiene una eccezio» ne alle altre leggi invocate. — (1 *maggio* 1790, *ed altre da noi sopra citate*) (3).

1705. *Allorchè i giudici d'appello annullano per causa d'incompetenza, possono giudicare in merito, se il tribunale ch'essi credono competente, non è soggetto alla loro giurisdizione?*

Denevers, 1809, pag. 17, alla nota, pronunziasi per la negativa in questa quistione ». Se, egli dice, la corte di appello di Parigi annullasse una sentenza del tribunale civile di Versailles, per aver decisa una causa la di cui conoscenza apparteneva al tribunale civile di Melun, come questi due tribunali sono sotto la giurisdizione della stessa corte di appello,

(1) Vedi questo arresto nella Raccolta di Sirey, tom. 1, pag. 246; tom. 2, pag. 82; tom. 3, pag. 378; tom. 5, pag. 476.

(2) Vedi gli arresti riportati nella stessa Raccolta, tom. 8, pag. 559, tom. 9, pag. 95, tom. 11, pag. 134.

(3) Le ragioni date da Berriat-Saint-Prix, pag. 434, n. 113, in sostegno della opinione contraria, non sono però men degne di esser ben ponderate. Egli si fonda sul motivo che un tribunale incompetente per ragion di materia non può giudicare una causa, anche col consenso delle parti: donde conchiude che i giudici di appello non possono ritenerne la cognizione, poichè ciò è autorizzato solamente a norma del principio di esser eglino istituiti per far ciò che i primi giudici avrebbero dovuto o potuto fare essi medesimi. Inoltre, egli soggiunge, l'art. 473 † 537 non adopera la parola *annullano*, ma la parola *rivocano*, la quale non si applica all'annullamento di una decisione per causa d'incompetenza ec. ec.

Noi rispondevamo nella nostra Analisi, tom. 2, pag. 88, che nel caso in cui il tribunale di prima istanza si è ingiustamente dichiarato incompetente, potrebbe dirsi del pari che il primo grado di giurisdizione non è stato egualmente esaurito, non essendosi pronunziata veruna sentenza sul merito, e nondimeno i giudici di appello, rivocando in questo caso la sentenza possono profferire, nel tempo stesso sul merito, come appunto fu giudicato dalla corte di cassazione, con decisione degli 11 gen. 1809.

Per qual motivo dunque, noi aggiungevamo con Denevers, 1811, pag. 125, non potrebbero essi farlo nel caso in cui annullino la sentenza per causa d'incompetenza, *ratione materiae*? Il primo grado di giurisdizione non reputasi forse in questo caso esaurito per mezzo della sentenza annullata? L'art. 473, non facendo alcuna distinzione tra le cause di annullamento, non si applica forse a quelle d'incompetenza assoluta, come a qualunque altra causa? Si può mai amettere una eccezione, che questo art. esclude colla generalità delle sue espressioni?

Comunque sia, noi dobbiam convenire francamente che in tal guisa non si risponde perentoriamente alle ragioni di Berriat-Saint-Prix, e noi professeremmo la sua dottrina, se l'ultima decisione citata nella quistione 1840 non ci facesse temere ch'essa non fosse rigettata.

questa corte potrebbe nello stesso tempo decidere la causa in merito; ma se il tribunale competente fosse quello di Montargis, come questo tribunale va compreso sotto la giurisdizione della corte d'appello d Orleans, noi crediamo che quella di Parigi non potrebbe decidere la causa in merito ».

Siffatta opinione sembraci fondata sul motivo che le corti d'appello non esercitano la loro autorità se non per *devoluzione* dell'autorità dei giudici inferiori che sono sottoposti alla loro censura. Il loro potere non può dunque estendersi sopra materie la cui conoscenza appartenesse ai tribunali soggetti alla giurisdizione di altre corti. Ora da questo principio, ritenuto dal legislatore coll'art. 363 † 455 ne risulta che una corte di appello non può, senza usurpazione, sia del potere dei giudici di prim'istanza, i quali non sono soggetti alla sua giurisdizione, sia per conseguenza di quello di un'altra corte dalla quale dipendono questi tribunali, conoscere, nella proposta specie, del merito di una contestazione ch'essa stessa dichiarerebbe appartenere a giudici ad essa stranieri (1).

1706. *Allorchè il giudice d'appello annulla o* RIFORMA *una sentenza di prim'istanza, può forse procedere ad un'operazione che questa sentenza aveva rifiutata, e riparare ad un'omissione del primo giudice?*

Secondo il principio il quale impone al giudice di appello l'obbligo *di fare ciò che il primo giudice avrebbe dovuto fare e non ha fatto*, Berriat risolve siffatta quistione per l'affermativa, pag. 432, not. 111, fondandosi benanche sopra due arresti della corte di cassazione, l'uno del 25 maggio 1807, l'altro del 7 febbrajo 1809. (*Ved. il nuovo Repert. alla parola* esame § 4, *e Giurispr. sulla proced. tom.* 3, *pag.* 244, *ed infr. sotto l'art.* 998, *quist.* 2968 *dell'Analisi.*) Questi arresti decidono in fatti che il giudice d'appello può, RIFORMANDO, ordinare un'esame, destinare un curatore ad un'eredità giacente. Siffatta proposizione richiede una spiegazione la quale conciliasi con i principi di sopra esposti n. 1702.

Noi abbiamo detto che, secondo l'art. 473, il giudice d'appello, nel *rivocare* una sentenza interlocutoria o definitiva, non poteva decidere in merito, se non quando la causa è nello stato di essere decisa, e con una sola e medesima sentenza. Or sembra questo implicare contraddizione con l'opinione di Berriat e cogli arresti da lui citati. Ma bisogna por mente alle parole dell'art. 473, il quale dispone pel caso in cui la sentenza è *rivocata*, vale a dire *invalidata*, resa *senza forza*, *senza effetto* per un vizio qualunque, di competenza o di eccesso di potere, e non già pel caso in cui è *riformata*, espressione la quale suppone la validità della sentenza, ma *un mal giudicato* per mancanza di applicazione o per erronea applicazione della legge, precipitanza, errore di fatto o ingiustizia, le quali cose obbligano un giudice di appello a fare una nuova sentenza, in tutto o in parte.

L'art. 473 somministra esso stesso la prova di questa distinzione tra il caso *di rivocazione*, e quello *di riformazione*, perciocchè autorizza il giudice che *rivoca*, *a decidere sul merito*. Quest'espressioni sarebbero superflue, se la parola *rivocare* esprimesse la stessa idea di *riformare*, perchè quest'ultima parola suppone necessariamente che il giudice di appello ha già preso cognizione del merito, per decidere se ci ha luogo a *rivocare*, nel mentre la parola *rivocare* non suppone che una decisione risultante da un'esame di quistioni assolutamente distinte e indipendenti dal merito (2).

(1) Lo stesso accade, qualora in virtù della disposizione generale dell'art. 454 † 518 tali giudici rivocano un giudicato di competenza intervenuto in una causa la quale, in quando al merito, non poteva ricevere che una decisione in ultima istanza. — (*Cassaz.* 22 *giugno* 1812; *Sirey*, *tom.* 12, *pag.* 368).

Evvi nella specie in esame tanta maggior ragione per non ritenere la cognizione del merito, in quanto che il giudice di appello non può annullare che a motivo della competenza, e non per qualunque altra ragione, come per *irregolarità* ec. poichè l'art. 454 non fa alcuna eccezione alla regola la quale proibisce l'appello da qualunque sentenza in una causa non sottoposta ai due gradi di giurisdizione, tranne il caso di quistione d'incompetenza. — (*La stessa decisione*).

Idem allorchè rivocano una sentenza pronunziata su di un incidente elevato nel corso di una causa la quale s'istruisce in iscritto, e che le parti non furono intimate sull'appello. Di fatti non si può considerare la causa come in istato di ricevere decisione definitiva con una sola e medesima sentenza, allorchè sono assenti tre litiganti i quali abbiano dritto a prendere in prima istanza una parte attiva alla discussione sino alla sentenza definitiva. — (*Rennes*, 20 *gennaio* 1812).

(2) Noi conveniamo che la parola *informè* es-

Ciò posto, l'art. 473 non avendo alcuna relazione col caso di riforma, nulla impedisce, ed è al contrario dalla legge richiesto, che il giudice di appello il quale, dopo aver inteso le aringhe delle parti, creda che vi possa esser luogo a riformar la sentenza, se tal fatto è provato, tal preliminare adempito, ordini con una sentenza interlocutoria una misura di tal genere, ad oggetto di uniformarsi al principio il quale vuole che faccia quello che il primo giudice dovea fare.

Nè può dirsi che vi sia in ciò violazione del principio dei due gradi, poichè il primo rimane esaurito dalla sentenza che trattasi di *riformare*, se vi è luogo: epperò bisogna ritenere la opinione di Berriat Saint-Prix (1).

prime nell' art. 472 † 536 tanto la rivocazione da noi già definita, quanto la *conferma*. Ma sembra evidente che non possa prendersi in questo doppio senso nell' art. 473 per una ragione che ci par decisiva, ed è, che il legislatore suppone che il giudice di appello non ha conosciuto del merito.

(1) La esecuzione della sentenza che il tribunale di appello pronunzia in questo caso, o in quello in cui è necessario istruire nuove dimande autorizzate dall' art. 464 † 528, può rinviarsi al giudice di prima istanza, come delegato dal giudice di appello, uniformemente all' art. 1030 † 1106. Per esempio si potrà spedire al giudice di prima istanza commissione rogatoria per la formazione di un esame; ma non gli si rimetterà questa operazione come atto di giurisdizione propria, e per pronunziare in seguito, giacchè, così facendo, le parti percorrebbero più di due gradi di giurisdizione. — (*Cassaz.* 19. *nov.* 1808; *Sirey*, *tom.* 10, *pag.* 116).

Modello di atto di appello.

L'anno. . . il giorno. . . ad istanza del sig. Pietro che ha eletto domicilio presso il sig. A. . . patrocinatore nella corte reale dimorante in. . . il quale agirà sull' appello qui appresso; io ec., ho citato il sig. Paolo ec. a comparire entro il termine di otto giorni, oltre un giorno per ogni quindici miglia, avanti la corte reale di. . . alla prima camera per sentir dire che sia ammesso l' appello prodotto dal sig. Pietro dalla sentenza contro di esso pronunziata in favore del sig. Paolo a dì. . . dal tribunale di. . . facendo ragione sul detto appello, che i detti appelli e sentenze saranno annullati: ed emendando, il detto sig. Pietro assoluto dalle condanne contro di lui pronunziate dalla detta sentenza; facendo ragione sul principale, sia il detto sig. Paolo dichiarato inammessibile nella sua dimanda, e rigettato da quella, e condannato nelle spese; ed ho al detto sig. Paolo, parlando come sopra, lasciata copia del presente atto.

Modello di citazione per ottenere la soprassessoria, e procedere sull' appello.

L'anno. . . il giorno. . . in virtù di ordinanza legalmente registrata, e ad istanza del sig. Paolo ec. che ha eletto domicilio presso il sig. M. . . suo patrocinatore nella corte reale, dimorante in. . . il quale agirà nella presente causa, Io ec: . . . ho citato il sig. Pietro ec. a comparire nel dì. . . all' ora di. . . all'udienza della corte reale di. . . per procedere sul contenuto della istanza ordinanza e sue dipendenze, e sentir aggiudicare all'attore le conclusioni contenute nella detta istanza; e nel principale fra otto giorni, per sentir dichiarare ammesso l'appello dalla sentenza, facendo dritto all' appello suddetto, annullate l' appellazione, e la sentenza da cui si appella, l' appellante assoluto dalle condanne pronunziate nella prefata sentenza; e facendo dritto alla dimanda principale, dichiarare ammessibile la dimanda del sig. . . e in ogni caso il detto sig. . . venga rigettato da quella, e condannato nelle spese. Ed ho al detto sig. Pietro, parlando come sopra, lasciato copia tanto della istanza ed ordinanza, quanto del presente atto.

Modello di atto per dimandare la esecuzione provvisionale non ordinata colla sentenza contro la quale si è prodotto appello.

Ad istanza del sig. Pietro, appellato ed attore principale, si cita il sig. A. . . patrocinatore del sig. Paolo appellante, convenuto nel principale;

Affin di comparire all' udienza della prima camera della corte reale (*o del tribunale*) di. . . nel dì. . . per sentir dichiarare che la sentenza del . . . da cui il sig. Paolo è appellante, sia eseguita provvisionalmente non ostante l'appello, con cauzione o senza (*secondo i casi*): ec.

Modello di esposizione di motivi dell' appello.

Il sig. Paolo appellante, convenuto nel principale, contro il sig. Pietro, intimato, attore nel principale.

Deduce per motivi di gravame contro la sentenza del tribunale di . . . del dì . . . da cui è appellante, che deve essere rivocata come contraria alle leggi sulla prescrizione, avendo deciso contro il testo dell' art. 2150 del Codice civile, che una opposizione non notificata a colui che vuole impedire di prescrivere, interrompe la prescrizione: lo che proverà dopo aver esposti i fatti.

Fatti.

Nel dì 24 gennaio 1777, il sig. Alessandro, zio dell' appellante, prese in prestito dal sig. Pietro 1500 ducati, de' quali gli fece la cautela: il sig. Alessandro pagò quest' obbliganza alcuni anni dopo; ma il sig. Pietro avendogli detto che non poteva restituirgliela perchè l' avea smarrita, contentossi il sig. Alessandro di una ricevuta, nella quale il sig. Pietro promise re-

stituirgli l'obbliganza quando l'avesse ritrovata. Nel 1789 il sig. Alessandro si morì, lasciando l'appellante per suo solo ed unico erede, il quale ha conservato per vari anni questa ricevuta; ma essendo stato obbligato ad assentarsi nell'anno 1783 per sottrarsi dalle persecuzioni, la sua casa restò abbandonata, ed allora quando vi rientrò dopo il 9 termidoro non ha più ritrovata, questa ricevuta, ugualmente che altre carte importanti ed effetti preziosi. Vivea non ostante tranquillo su quest' obbliganza, quando sotto il di 1807 ricevette una citazione pel pagamento della medesima. Certo che la predetta obbliganza era soddisfatta, ma nella impossibilità di provarlo, oppose la prescrizione, che senza questa circostanza non avrebbe opposta. Il sig. Pietro ha preteso che la prescrizione fosse stata interrotta da un sequestro che avea formato nel 1781, nelle mani del sig. Luigi. L'appellante ha sostenuto che questo sequestro non essendo stato denunziato al sig. Alessandro, debitore, la prescrizione non era stata interrotta; ma la pretenzione del sig. Pietro ha prevalsa, ed il sig. Paolo è stato condannato a pagare con sentenza del dì 3 luglio passato, dalla quale ha appellato con atto del 13 dell'istesso mese.

Ragioni.

È massima riconosciuta in tutt' i tempi, che ad oggetto che le procedure interrompano le prescrizioni, bisogna che sieno state notificate a colui che si vuole impedire di prescrivere, acciò conservi i documenti che può opporre a queste procedure, ed anche reclamare contro di esse. Se fosse altrimenti, ignorandolo, potrebbe trascurare la conservazione di detti documenti, ed anche lacerarli come inutili, avendo un titolo sufficiente nella prescrizione: di poi, colui che avesse fatte queste diligenze, profittando della funesta sicurezza in cui avrebbe mantenuto il suo avversario col suo silenzio, verrebbe a spingere i suoi atti contro chi perduti avesse i mezzi di difendersi.

Epperò gli autori hanno pensato che il sequestro senza citazione non interrompeva. Tali sono Legrand sullo statuto di *Troyes* 23 gl. 1, num. 29, e d'Argentré sull' art. 266 dello statuto di *Brettagna*. La giurisprudenza ha deciso nel modo stesso. Potrebbonsi citare molti arresti, ma ci limiteremo a quello riportato da Denizart all' articolo *prescrizione* col quale a 21 marzo 1733 fu deciso che un sequestro non denunziato non interrompeva la prescrizione. In conseguenza il Codice civile disponendo nell'articolo 2150 che il sequestro debba notificarsi per interrompere, non ha stabilito un nuovo dritto, ed ha solo consacrato un diritto riconosciuto in tutt' i tempi.

È vero che se cotesto sequestro, su cui il sig. Pietro fonda la sua pretesa interruzione, non è stato denunciato da lui al sig. Alessandro, lo è stato al sig. Luigi sequestratario; ma ecco per qual motivo. Il sig. Luigi era locatario del sig. Alessandro; e per questo titolo gli era debitore delle pigioni: minacciato questi di esecuzione denunziò il sequestro al sig. Alessandro. Da ciò il sig. Pietro ne conclude, di essere stato giuridicamente noto al detto sig. Alessandro, autore dell' appellante, e che perciò abbia interrotta la prescrizione.

Due risposte distruggono tutto questo strano paradosso.

1. Affinchè gli atti di procedura interrompano, non basta il farli; bisogna ancora che siano fatte da quelle persone contro cui decorre la prescrizione, e non da un terzo; perchè, siccome ciò che fa un terzo non può pregiudicarci, così del pari non può giovarci. In conseguenza la denunzia fatta dal sig. Luigi non può essere di alcun vantaggio al sig. Pietro.

2. Quando si sostenesse contra ogni ragione che la diligenza di un terzo potesse recar vantaggio ad una parte, bisognerebbe per lo meno che la diligenza sia come quella che avrebbe dovuto usare la parte istessa per interrompere.

In fatti per interrompere, bisogna che gli atti siano libellati, cioè a dire che esprimano la cagione per cui sono fatti; a fine che l'intimato vedendo ciò che si pretende contro di lui, agisca in corrispondenza, sia conservando i documenti che può aver per la propria difesa, sia facendone ricerca. Perciò gli scrittori hanno insegnato ed i tribunali hanno giudicato che una scrittura non libellata non interrompe affatto. Le autorità su questo punto sono in sì gran numero e talmente costanti, che basta limitarsi a citare una decisione del Parlamento di Parigi del 22 gennaio 1555, riportata nel Giornale delle udienze. Nella specie di questa decisione, un creditore ipotecario avea fatto notificare al compratore del fondo che gli era stato ipotecato, che questo fondo era soggetto ad ipoteca in suo favore, senza però far citazione, è neppur comunicare la copia de'documenti che giustificavano la sua pretenzione. Fu giudicato, che non avendo egli giustificato il suo dritto, non lo avesse fatto noto, e che perciò non vi fosse interruzione.

L'applicazione di cotesti principî e di queste autorità nella specie è favorevole all' appellante. Il sequestro del sig. Pietro non à stato fatto come facevasi allora (*per un abuso molto avvanzato, e che l' art.* 659 *del Codice di procedura ha abolito*) per le cause e ragioni da dedursi a tempo e luogo: ed in esso non fu fatta veruna menzione dell' obbligo di 1500 ducati. Quindi il sig. Pietro non solamente non ha giustificato il suo dritto, ma non ne ha neppur parlato; e perciò merita meno riguardi del detto compratore che l'avea enunciato; ed in conseguenza la denunzia, quando fosse stata fatta dal sig. Pietro, non poteva interrompere.

In queste circostanze il sig. Paolo fa istanza che le conclusioni contenute nel suo atto di appello gli vengano aggiudicate.

Modello di atto contenente una nuova dimanda in appello.

Ad istanza del sig. Paolo appellante,

Si avvisa il sig. A . . . patrocinatore del sig. Pietro, appellato:

A comparire nel dì . . . all' udienza della corte . . . camera . . . (*o del tribunale*) per sentir or-

dinare in aggiunta delle conclusioni da lui precedentemente proposte ne' suoi motivi di appello notificati nel dì . . . che siccome:

1. Il sig. Paolo era minore nel giorno di . . . quando ha sottoscritto in favore del sig. Pietro l'obbliganza di ducati 1500 di cui questi ha ottenuta la condanna colla sentenza contro la quale si è interposto l'appello:

2. L'articolo 406 del Codice civile vieta al minore emancipato di prendere a mutuo sotto qualunque pretesto, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, omologato dal tribunal civile; l'art. 1078 dichiara i minori incapaci di contrattare; il sig. Paolo nel formare la predetta obbliganza è stato leso, e l'articolo 1259 dispone, che la semplice lesione dà luogo alla rescissione in favore del minore emancipato, contro tutte le convenzioni eccedenti i limiti della sua capacità, nel modo che vien determinato nel titolo della emancipazione:

Così la corte (*o il tribunale*) pronunziando sull'appello dalla detta sentenza dichiari il detto obbligo rescisso, e le parti restituite nello stato in cui erano prima del medesimo. E conseguentemente, sia dichiarata non ammessibile la dimanda del sig. Pietro; o in ogni caso sia la stessa rigettata, e condannato il sig. Pietro alle spese, di che ec.

LIBRO IV.

DEI MODI STAORDINARI D'IMPUGNARE LE SENTENZE (1).

TITOLO PRIMO

Dell' opposizione del terzo (2).

» Una sentenza non deve far legge se non » fra coloro i quali sono stati intesi o chiamati; nè può decidere se non sopra conchiusioni date da una parte contro l'altra; e » laddove una sentenza reca pregiudizio ad una persona la quale non fosse stata chiamata, debb'essere ammessa a presentarsi ai » medesimi giudici, affinchè dopo averla intesa, pronunziano a suo riguardo con conoscenza di causa. » — (*Esposizione dei motivi*).

Di qui origina la opposizione del terzo, la quale devesi definire, secondo il testo dell'art. 474, un rimedio straordinario contro qualunque sentenza concesso ad una *terza* persona, la quale non sia intervenuta nel giudizio, nè in suo nome; nè in nome di coloro ch' essa rappresenta, ed ai dritti della quale siffatta sentenza reca pregiudizio

La opposizione del terzo è *principale* o *incidente*.

Dessa è *principale*, allorchè è formata con azione principale e distinta da ogni altra, ed in questo caso dev' essere portata innanzi al giudice che ha pronunziata la sentenza impugnata (Art. 475).

È *incidente*, allorchè ha luogo nel corso di un giudizio contro di una sentenza della quale una delle parti litiganti intende avvalersi contro dell'altra; allora è giudicata come ogni altro incidente dal tribunale adito per la contestazione principale in occasione della quale si è dessa formata, purchè però questo tribunale sia eguale o superiore in grado di giurisdizione a quello da cui fu profferita la sentenza impugnata; nel caso contrario, val dire se il tribunale che conosce della causa principale è inferiore, si siegue la regola di competenza ammessa per la opposizione del terzo come azione principale, ed essa in conseguenza deve dedursi innanzi al giudice il quale ha pronunziato la sentenza contro di cui l'opposizione è diretta (Art. 476).

Tali sono, in generale, gli effetti di questa specie di ricorso, che se mai è incidentemente formato, il tribunale ha la facoltà di sospendere o pur no la decisione della causa principale (477); e che in tutt' i casi, l'opposizione non può recare profitto o nocumento a coloro quali avessero lo stesso interesse dell'opponente ad impedire che la sentenza impugnata fosse contro di essi eseguita. (Art. 478 † 544) (3).

Art. 474 † 538 (4). *Un terzo può formare*

(1) Vedi le nozioni preliminari *sopra*, pag. 164.

(2) Vedi sopra, sugli art. 339, 340, 341 e 466 † 433, 434, 435 e 530.

(3) Su tale importante materia le antiche ordinanze non contenevano che due disposizioni, l' una riprodotta nell' art. 479 † 543 relativamente alla multa contro il terzo opponente il quale succumba; l'altra pel dritto di eseguire, non ostante qualunque opposizione, le decisioni, o sentenze passate in forza di cosa giudicata, e che contenessero condanna di rilasciare un fondo. Il nuovo codice adunque ha quasi intieramente creata l' odierna legislazione su questa materia.

(4) I motivi su quali è fondato questo articolo sono bastantemente stabiliti alla pag. 260.

opposizione ad un giudicato che ai suoi dritti pregiudica, ed al quale nè egli, nè quelle persone ch' ei rappresenta sono state citate. (1).

Tit. 75 — Ordin. del 1667, art. 1, 26 — C. C. art. 100, 1166, 1321 — C. di P. art. 466, 477, 873, 1022.

1707. *Vi sono dei modi giudiziarii per prevenire una opposizione di terzo?*

Vedi quello che abbiam detto *supra*, quist. 1271 sulle dimande per dichiarazione di sentenza comune.

(1) GIURISPRUDENZA.

1. Il curatore di una eredità giacente è riputato il rappresentante de' creditori della eredità, in quanto che costoro sono inammissibili nell' impugnare la competenza del tribunale ove il curatore ha consentito a litigare. — (*Cassaz.* 13 *aprile* 1820; *Sirey*, *tom.* 21, *pag.* 84.)

2. Il mandatario non è ammesso a produrre l'opposizione del terzo contro le sentenze e decisioni nelle quali il suo mandante avea qualità per stare in giudizio; quando però il mandatario si limiti a reclamare un dritto a nome del mandante. — (*Cassaz.* 1 *dicembre* 1819; *Sirey*, *tom.* 20, *pag.* 123.)

3. Colui il quale è rappresentato da un consegnatario, non può produrre l'opposizione del terzo alla sentenza nella quale esso consegnatario fu condannato a motivo delle mercanzie depositate presso di lui. — (*Rennes*, 25 *aprile* 1814.)

4. L'amministrazione della marina può fare opposizione di terzo alla sentenza di liquidazione di un conto alla quale non è stata citata. — (*Rennes*, 5 *giugno* 1817.)

5. Allorchè un creditore dopo di aver ottenuto un sequestro presso un terzo, ha fatto pronunziare la validità del sequestro, ed ha ottenuto una sentenza con cui fu ordinato che il terzo sequestrato pagherà nelle sue mani le somme di cui è debitore, gli altri creditori, i quali pretendessero di aver dritto alla distribuzione per contributo, in forza di nuovi sequestri ottenuti a' termini dell' art. 575 + 665, non avrebbero diritto a produrre l'opposizione del terzo alla sentenza la quale ha ordinato il dissequestro a benefizio del primo sequestrante. — (*Cassaz.* 28 *feb.* 1822; *Sirey*, *tom.* 22, *pag.* 217; *vedi le nostre quistioni sull' art.* 575.)

6. In materia di graduazione non è sempre vero che il giudicato tra creditori ed il *venditore* si reputi giudicato fra il creditore ed il *compratore*, o pure che il creditore sia rappresentato dal venditore rispetto al creditore. Perciò l' aggiudicatario di un fondo, il quale abbia pagato il prezzo nel modo prescritto dal quaderno delle condizioni, di vendita è ammissibile a produrre l'opposizione del terzo allo stato di graduazione, in forza di cui è obbligato a pagare nuovamente il prezzo a' creditori del venditore: egli può dedurne tutt' i mezzi propri ad escludere dalla graduazione i creditori, e può specialmente discutere la validità delle loro iscrizioni. — (*Cassaz.* 12 *dicembre* 1811, *Sirey*, *tom.* 22, *pag.* 249).

7. L'erede che non adisce l'eredità alla quale vien chiamato, se in seguito l'accetta, non può impugnare con opposizione di terzo la sentenza pronunziata contro colui che, in sua mancanza, se n'era impossessata: egli è stato validamente da costui rappresentato. — (*Metz*, 29 *maggio* 1818; *Sirey*, *tom.* 19, *pag.* 110).

8. I creditori di un fallito non possono individualmente produrre opposizione alla sentenza con cui fu annullato l' accordo essi non possono agire che col ministero de' sindaci o di chi rappresenta la massa de' creditori. — (*Parigi*, 11 *maggio* 1812; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 147).

9. Ma i creditori ipotecari non sono rappresentati dai sindaci, ne' sensi dell' art. 474 + 538, durante le procedure per la distribuzione de' beni del fallito; per conseguenza sono ammissibili a produrre l' opposizione del terzo alla sentenza pronunziata in contraddizione co' sindaci. — (*Cassaz.* 25 *luglio* 1815; *Sirey*, *tom.* 15, *pag.* 33).

10. Una sentenza pronunziata contro il fisco in tempo ch' esso possiede *a titolo di caducità* una eredità abbandonata, ha l' effetto della cosa giudicata rispetto all' erede, il quale posteriormente si presenta per adire l' eredità. In questo caso l' erede non può produrre l' opposizione del terzo, quando anche la fondasse su di un nuovo mezzo che l' amministrazione avesse trascurato di far valere. — (*Cassaz.* 5 *aprile* 1815; *Sirey*, *tom.* 15, *pag.* 137.)

11. Un erede, prima della divisione, non può impugnare coll' opposizione del terzo una sentenza pronunziata contro il suo coerede, relativa soltanto ad un oggetto particolare dell' eredità; sì perchè egli ha un interesse puramente eventuale a fare emendare questa sentenza, come perchè i suoi dritti sono subordinati al caso in cui il fondo in quistione caderebbe nella sua porzione — (*Riom*, 24 *nov.* 1808; *Bibliot. del foro*, *parte* 2. 1810, *pag.* 329.).

12. Un coerede non può neanche far opposizione di terzo ad una sentenza pronunziata personalmente contro del suo coerede — (*Cassaz.* 12 *gen.* 1814; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 246.)

13. Il donatario in virtù di un atto anteriore alla interdizione del donante, laddove la donazione fosse impugnata, perchè fatta da persona in istato di demenza, non può produrre l' opposizione del terzo avverso la sentenza d' interdizione; attesochè, secondo il codice di procedura, per essere alcuno ammesso a promuovere l' opposizione del terzo contro una sentenza in cui non fa parte nè venne citato, bisogna avervi avuto un' interesse diretto e reale — (*Riom*, 9 *gen.* 1808; *Sirey*, *tom.* 13, *pag.* 308.)

14. Un terzo il quale pretende essere stato ingiuriato in allegazioni stampate e notificate in una causa in cui non è parte, non può intervenire nella medesima per dimandare la soppressione di questi scritti ed i danni ed interessi: attesochè la sentenza da pronunziarsi niun pregiudizio reca ai suoi diritti ed alle azioni che gli competono rispetto alla riparazione do-

1708. *Compete forse la opposizione del terzo per qualunque specie di sentenza?*

Che sì, perciocchè l'art. 474 non fa alcuna distinzione, epperò il rimedio straordinario di cui trattiamo è egualmente ammesso contro di una sentenza in prima o in ultima istanza, pronunziata da un giudice ordinario o di eccezione, val dire, da un tribunale civile come da un tribunale di commercio o da un giudice di pace, (*ved. il nov. Repert. alla parola* opposizione del terzo, § 1, *tom.* 8, *pag.* 836, *l'arresto della C. di cassaz. del* 23 *giugno* 1806, *ibid.*) ma non già contro un processo verbale di conciliazione, il quale non è una decisione giudiziaria, ma un semplice atto contenente convenzioni private, estranee a quelle persone che non l'hanno sottoscritte. — (*Parigi*, 8 *giugno* 1813, *Giornale dei patrocinatori*, *tom.* 7, *pag.* 240.)

1709. *A favore di quali persone ed in qual caso compete il rimedio della opposizione del terzo?*

Noi, unitamente a tutti gli scrittori, senza alcuna eccezione, e particolarmente con Merlin, novello Repertorio, tom. 8, pag. 738, avvisammo, nella nostra Analisi, quist 1553, *di non bastare, per esser ammesso ad opporsi di terzo, che uno non fosse stato parte nella sentenza contro della quale vorrebbe produrre siffatto gravame*, *ma* CH' ERA NECESSARIO DEL PARI CHE AVESSE AVUTO IL DIRITTO D' ESSERVI CHIAMATO.

vutagli pel preteso fatto delle ingiurie ch'è il solo oggetto della sua dimanda per intervenire in causa, ed atteso che, ciò posto, per essere ricevuto come interveniente, non si trova ne' termini degli articoli 456, e 474 + 520 e 538. — (*Rouen*, 29 *nov.* 1808; *Denevers supplem.* 1809, *pag.* 76.)

Nota. *Potrebbe credersi, secondo la decisione della corte di Rennes citata sulla quistione* 433 *che l'intervento per parte di un terzo sarebbe autorizzato, poichè con questa decisione rigettossi la dimanda di riparazione di un testimone ingiuriato, pel solo motivo d'essere stata promossa dopo le conclusioni del ministero pubblico. Ma dal perchè la corte di Rennes dichiarò questo testimone inammissibile sol per siffatto motivo, non bisogna conchiudere di aver avuto la intenzione di giudicare anticipatamente per l'affermativa la presente quistione, che noi crediam ben risoluta dalla decisione della corte di Rouen: poichè il dritto d'intervenire in una causa suppone necessariamente, secondo l'art.* 466 + 530, *quello di rendersi opponente, a' termini dell' art.* 474 + 538. — (*Vedi le nostre quistioni sull' art.* 466.)

Però è da osservarsi che l'art. 464 del progetto, le di cui espressioni trovansi interamente riprodotte nell'art. 474 del Codice, terminava con queste parole che furono soppresse, *ancorchè avessero dovuto esserlo.*

Da un' altra parte, per escludere dal dritto di produrre opposizione di terzo, colui che si fosse riconosciuto non aver dovuto essere citato, aggiungevasi nell' art. 465 del progetto una disposizione egualmente soppressa, e secondo la quale la parte che non avrebbe *dovuto essere citata* in un giudizio, non poteva *impugnar* la sentenza se non col provare la collusione, la frode o il dolo.

Or è provato colla discussione al consiglio di stato (*ved. Locrè, tom.* 2, *pag.* 285 *e seg.*) che queste soppressioni furono all' opposto ordinate a sol' oggetto di accordare il diritto di produrre la opposizione di terzo indistintamente a tutti coloro i quali, avendo *interesse e qualità*, non fossero stati chiamati nel giudizio: e quindi da siffatte osservazioni puossi senza dubbio conchiudere non doversi oggidì considerare se la parte che rendesi opponente di terzo, ha potuto o dovuto essere chiamato nel giudizio, essendo sufficiente per essere ammessa che provi, ai termini dell'art. 474, di non essere stata citata, che avea interesse a resistere alla dimanda, e finalmente che la sentenza reca pregiudizio ai suoi dritti.

Che che ne sia, dichiarando ammissibile la opposizione di un terzo compratore alle sentenze o decisioni pronunziate col suo venditore *dopo la vendita*, ed in virtù delle quali veniva egli citato per dichiarare la ipoteca, la Corte di Cassazione ha intieramente rigettata questa dottrina, perciocchè ha stabilità la sua decisione sulla seguente considerazione:

« Considerando che l'art. 474 non fa che » convalidare gli antichi principj sulla opposi» zione di terzo, principj stabiliti sulla ragione, » e convalidati dalla dottrina degli autori, i » quali insegnano che, per essere ammesso a » formare opposizione di terzo ad una senten» za, o ad una decisione, non basta che uno non » abbia fatto parte in un giudizio, *ma è necessario che abbia dovuto esserlo*, perciocchè se » bastasse di avere interesse a distruggere una » sentenza per essere ammesso ad impugnarla » per mezzo della opposizione del terzo, non sa» rebbesi giammai sicuro della stabilità di una » sentenza ottenuta in buona fede. » — (*Ar-*

resto di cas. sez. civ., *del* 21 *febbraio* 1816, *Sirey t.* 16, *p.* 153) (1).

Queste ragioni sono precisamente quelle che si facevano valere in tempo della discussione in consiglio di stato, per far adottare le ultime parole dell' art. 465 del progetto. Noi crediamo doverci attenere alla decisione della corte di cassazione, non ostante le mutilazioni fatte dal consiglio di stato, atteso che gli oratori del Governo e del Tribunato non hanno affatto spiegata la legge come produttiva delle conseguenze che si vorrebbero far risultare da siffatte mutilazioni. Donde siegue essere probabile che il legislatore abbia inteso conservare intorno alla opposizione del terzo la dottrina adottata dalla giurisprudenza, (*ved. fra le altre una decisione del* 20 *pratile anno* 10, *Sirey tom.* 2, *part.* 2, *p.* 295), unanimamente approvata dagli antichi scrittori, e professata del pari da tutti coloro i quali hanno scritto dopo la promulgazione del codice. Perciò la disposizione dell' art. 465 del progetto sembraci dover essere riguardata almeno come regola di giurisprudenza, e per conseguenza le sentenze, *per le quali la parte non aveva il dritto ad essere citata* (2), *non possono da lei impugnarsi se non provando la collusione, la frode o il dolo* (3).

1710. *In qual modo applicasi il principio che niuno può produrre opposizione del terzo contro di una sentenza nella quale furono parti coloro ch' egli rappresenta?*

Siffatto principio intendesi ed applicasi nel senso cioè di non potersi produrre la opposizione di terzo alla sentenza pronunziata, per effetto di un giudizio nel quale fossero stato parti tutti coloro a cui si è succeduto, sia a titolo universale, sia a titolo particolare, e tutti quelli del pari che fossero *aventi causa* a titolo di cessione, di surrogazione, di vendita ec. — (*Ved. la quistione precedente*; *Rodier, sul tit.* 35 *dell' ordin. art.* 2, *e l' arresto della Corte di cassaz. del* 9 *nov. anno* 4, *tavola di Bergognié*, *tom.* 1, *pag.* 472, alla parola *opposizione del terzo*).

Nulladimeno ammettesi all' opposizione del terzo, 1.° l' erede beneficiato, affinchè non confonda il suo patrimonio con quello del defunto (*ved. arresto della C. di cassaz. del* 1. *germin. anno* 11, *novello Repert. alla parola* legatario § 7. *art.* 1), 2.° il compratore, il cessionario, ec. ec. come abbiamo visto nella precedente quistione, i quali sono addivenuti *aventi causa* prima della lite in cui il loro autore è rimaso succumbente, o che lo sono addivenuti anche durante la lite, purchè sia ciò avvenuto prima della sentenza (4).

(1) Simile fu la decisione della corte di cassazione dei 19 agosto 1818 (*Sirey*, *tom.* 19, *pag.* 24). Il compratore, secondo essa, non è rappresentato dal suo venditore in una causa sull' oggetto venduto, allorchè la causa fu intentata posteriormente alla vendita; in conseguenza, egli può produrre l' opposizione del terzo alla decisione profferita: d' altronde importa poco ch' egli abbia avuto cognizione della controversia. Con questa medesima decisione fu giudicato riputarsi la causa posteriore alla vendita, ancorchè la citazione per la conciliazione abbia avuto luogo prima della vendita, e che tale vendita sia stata trascritta dopo l' introduzione del giudizio.

Lo stesso fu giudicato dalla corte di Douai. (*Sirey*, *tom.* 23, *pag.* 100). Leggesi nella decisione che il venditore è il rappresentante del compratore in quanto che è anteriore alla vendita, ma appena vi è stata vendita e perdita di possesso, il compratore ha un dritto. Epperò se viene intentata un' azione per la revindicazione di un immobile venduto, il comprator detentore debb' esser chiamato in causa: accadendo diversamente, tutte le sentenze pronunziate col venditore sono suscettive della opposizione del terzo.

(2) Ne' *considerandi* di una decisione del 28 febbraio 1822 (*Sirey*, *tom.* 22, *pag.* 220) la corte di cassazione enuncia formalmente il principio che in dritto la opposizione del terzo non può prodursi che da quelli i quali, in tempo della sentenza impugnata con questo mezzo, *avessero dovuto esservi citati*, ed ai quali, nell'antica giurisprudenza non ammetteasi eccezione che contro il compratore; eccezione rigettata nella nostra attuale giurisprudenza. — (*Vedi supra nota* 1, *pag.* 246).

(3) Ammettendo che l' opposizione del terzo competa soltanto a *quelli i quali han dovuto esser citati in giudizio*, si comprenderà quanta forza presta questo principio alla quistione 1683; poichè è cosa evidente, che chi interviene in un giudizio di perenzione non è ammissibile; e non dovendo *esservi chiamato*, potrebbe interporre l' opposizione del terzo contro la decisione la quale ammettesse la perenzione. — (*Sirey*, *tom.* 10, *pag.* 165).

(4) Quest' ultima proposizione è fondata sulle leggi 11, §. ult. e 29 §. 1. *D. de exceptione rei judicatae*, e risulta da una decisione della corte di cassazione degli 8 maggio 1810, (*Sirey*, *tom.* 10, *pag.* 265), con cui fu giudicato che quello il quale avea acquistato un immobile durante un giudizio concernente quest' immobile medesimo, ma prima della sentenza con cui il giudizio fu terminato,

1711. *Colui che fu dichiarato da un compratore suo commettente, in virtù della riserva fattasene nel contratto di compra, può produrre opposizione del terzo alla sentenza la quale dopo, ed in contraddizione col solo venditore, ha dichiarato il contratto di compra fraudolente e nullo?*

Quando anche si ammettesse, il che non può essere, giusta le decisioni citate sulla quistione 1709, e secondo fu ritenuto da antiche decisioni riportate da Merlin, Repertorio, alla parola *opposizione del terzo*, art. 4, che un compratore non sarebbe ammesso ad impugnare, colla opposizione del terzo, una sentenza pronunziata col suo venditore, posteriormente al contratto di vendita, nulladimeno, dice Merlin, *ubi supra*, art. 4, sarebbe diversamente rispetto al commettente nominato da un compratore, in virtù della riserva fattasene nel contratto di vendita. A causa di tal riserva, allorchè è messa in esecuzione in tempo utile, il compratore vien riputato non aver comprato se non pel suo commettente, e non aver agito se non come mandatario di costui. Or è evidente che il mandato per comprare non include il mandato per litigare sulla validità della compra, e che la sentenza pronunziata con quello il quale, essendo semplice mandatario per comprare, non avea facoltà per litigare sulla validità della compra, non può in alcun modo vincolare il vero compratore, il quale in conseguenza è ammissibile a produrre la opposizione del terzo.

E così infatti fu giudicato da un arresto della corte di cassazione de' 10 agosto 1807, del pari riportato da Merlin, *ubi supra*, e che rattrovasi benanche nella raccolta di Sirey, tom. 8, pag. 281.

1712. *La sentenza pronunziata col curatore ad una eredità giacente, è forse soggetta alla opposizione del terzo per parte dell' erede, il quale ha posteriormente accettata siffatta eredità?*

Che no, a norma di due decisioni del Parlamento di Parigi, dei 28 marzo 1702 e 5 aprile 1751, la cui opinione può essere appoggiata oggidì dalle ultime parole dell' art. 790 † 707 del cod. civile — (*Ved. il novello Repert. ubi supra*, § 2., *art.* 1).

1713. *Un creditore è ammesso ad impugnare colla opposizione del terzo, una sentenza pronunziata contra del suo debitore?*

No; ciò che fu giudicato col debitore reputasi giudicato coi creditori, i quali conseguentemente non possono avvalersi, contro le sentenze pronunziate con quest'ultimo, se non che degli stessi rimedi a lui medesimo convenienti (*ved. cod. civ. art.* 1166† 1119), tranne se la sentenza non fosse impugnata pel motivo di una collusione fraudolente fra il debitore e la parte che ha contro di lui guadagnata la causa. —(*V. Cassaz.* 15 *febb.* 1818, *Giornale dei patrocinatori*, *t.* 1, *p.* 285; *ved. benanche Jousse*, *sotto l' art.* 35 *dell' ordin.*) [*Arresto uniforme della C. di cass. di Francia delli* 11 *giugno* 1822. *An. di Laporte*, *an.* 1823. *vol.* 1, *p.* 359.] (1).

1714. *Siffatta proposizione applicasi al caso in cui il creditore motivasse il suo gravame sopra eccezioni a lui personali?*

La soluzione data alla precedente quistione và senza dubbio esente da ogni critica. È principio costante, secondo l'art. 1322 † 1276 del Codice civile che le sentenze, del pari che i contratti, hanno tutto il loro effetto contro gli eredi, successori o aventi causa dalle parti. Per conseguenza i compratori ed i creditori del condannato sono in generale esclusi dal dritto di produrre opposizione di terzo.

Intanto, a norma della seconda disposizione dell'art. 474, il creditore ed il compratore

non era stato rappresentato dal suo venditore, e che conseguentemente questa sentenza aver non poteva contro di lui la forza del giudicato.

Aggiungi a questi esempi,

1. La specie della decisione del 21 febbraio 1816, citata nella quistione 1709.

2. La decisione della Corte di Colmar del 21 maggio (*Sirey*, 1811, *pag.* 457), colla quale fu dichiarato competere l' opposizione del terzo a pro del cessionario non intervenuto in una lite intentata contro al suo cedente *dopo la cessione* fatta dai terzi, i quali pretendevano essere proprietari del credito ceduto.

(1) Ma bisogna osservare che i creditori di un marito contro di cui la moglie ha ottenuto sentenza di separazione di beni, possono produrre opposizione di terzo a questa sentenza, allorchè non furono legalmente avvertiti delle procedure che ebbero luogo per farla pronunziare (*vedi l' art.* 873 † 921); e ciò avviene perchè in questo caso la legge presume che la sentenza è l' effetto di una collusione tra il marito e la moglie. (*Torino* 3 *maggio* 1809, *parte* 2., *pag.* 501, e 15 *aprile* 1811).

non rimangono esclusi dal produrre la opposizione di terzo se non quando presumesi essere stati rappresentati dal loro venditore o debitore, val dire allorchè esercitano diritti che lo stesso condannato aveva, e presentano alla giustizia dei gravami che avrebbe egli dovuto produrre: epperò essi non sono esclusi dal dritto della opposizione di terzo allorchè trattasi dei loro dritti personali che il condannato non poteva egli stesso far valere. Laonde sarebbero ammessi a produrre opposizione di terzo quei creditori, per esempio, i quali volessero sostenere un dritto di preferenza risultante dalle loro iscrizioni ipotecarie; vi sarebbe ammesso un compratore laddove la sentenza fosse stata pronunziata per effetto di frode o collusione col condannato (*ved. sopra*, *n.* 1709); poichè non si può dire che il condannato rappresenti in questo caso i suoi creditori, avendo avuto di mira di agire contro di essi e spogliarli: d'altronde la frode non dee recar profitto ad alcuno. Siffatta dottrina, professata da Thomines, fu consacrata da una decisione della corte di Nimes, del 14 aprile 1811, (*Sirey*, *tom.* 13, p. 216), e da quella di Aix del 4 luglio 1810 (*ibid.* 1812, *p.* 31), e chiaramente risulta da un'arresto della corte di cassazione del 16 giugno 1814. (*Ibid. p.* 337).

1715. *Ma la soluzione data alla precedente quistione applicasi forse senza distinzione ai creditori ipotecari del pari che ai creditori chirografari?*

Secondo Merlin (*ved. ubi supra*, *art.* 3), ed un'arresto della corte di cassazione, del 3 maggio 1809 (*ved. Sirey*, *tom.* 10, *part.* 2. *pag.* 301), noi crediamo poter stabilire intorno a questa quistione le proposizioni seguenti:

Primamente, la sentenza pronunziata per collusione fra il debitore ed un terzo, non nuoce al creditore al quale il debitore aveva precedentemente dato in ipoteca un fondo di sua proprietà di cui lo spoglia siffatta sentenza: il creditore potrà dunque produrre opposizione di terzo. — (*Ved. novel. repert.*)

In secondo luogo, nel caso in cui si fosse ottenuta una sentenza senza frode contro del debitore, il creditore non potrebbesi rendere opponente di terzo, se non quando il suo dritto d' ipoteca venisse alterato da questa sentenza, per esempio, se si fosse ordinato nella sua assenza la rinnovazione di un'iscrizione precedentemente cancellata. — (*Ved. Torino*, 3 *maggio* 1809, *Sirey*, *tom.* 10, *parte* 2. *p.* 301, *e Parigi*, 15 *aprile* 1811, *Sirey*, *tom.* 11, *p.* 472).

In terzo luogo, i creditori ipotecati possono gravarsi, per mezzo dell' opposizione di terzo, dalla sentenza pronunziata contro del debitore, dietro eccezioni che lo rendevano inamissibile, *per rispetto al presente o al modo con cui vennero proposte* — (*Ved. novel. Repert.*)

In quarto luogo, essi lo possono conseguentemente, qualora il debitore sia rimaso succumbente, soltanto per la mancanza di prove che il fondo dato in ipoteca appartenevagli all'epoca in cui fu pronunziata la sentenza; poichè in questo caso al creditore rimane intatta la sua azione, purchè egli giustifichi che questo fondo apparteneva al suo debitore nel tempo in cui fu costituita l'ipoteca. Tal'è l'avviso di Pothier, nel suo Trattatto delle obbligazioni., part. 4, cap. 3, sez. 3, art. 5, n. 36. — (*Ved. novello Repert.*) (1).

1716. *Le sentenze pronunziate coi sindaci d' una riunione di creditori, sono soggette alla opposizione del terzo per parte dei creditori che non hanno acconsentito al contratto di riunione?*

La corte di cassazione decise l'affermativa, con arresti del 14 marzo e 5 aprile 1810, per la ragione che i creditori non sono rappresentati dai sindaci, alla cui nomina essi nè concorsero nè aderirono posteriormente alla sentenza. — (*Ved. Sirey*, *t.* 11, *p.* 1, *ed il Giornale dei patrocinatori*, *tom.* 1, *pag.* 238.)

(1) Noi avevamo detto nella nostra *Analisi*, quistione 1446, che i creditori potrebbero ricorrere alla opposizione di terzo, se pretendessero che una sentenza pronunziata, senza essere stati citati, avrebbe irregolarmente deciso che la proprietà del loro debitore era risoluta in loro favore per l' adempimento di una condizione, ed avevamo soggiunto che la corte di cassazione lo avea formalmente giudicato con decisione del 12 fruttidoro anno 9. In ciò noi non facemmo che trascrivere un passo del *Nuovo Repertorio* al vocab. *opposizione di terzo*, §. 2. art. 3, pag. 735. Ma, verificando questa decisione, citata nell' art. 2. della stessa opera, pag. 740, abbiamo osservato ch' era essa assolutamente contraria, e che avevamo ripetuto noi stessi l' errore commesso a pag. 746, per esservi posta la parola *negativa* in luogo di *affermativa*.

Laonde diremo al contrario che i creditori ipotecati non han dritto a produrre opposizione di terzo nel caso qui sopra proposto.

Ma importa osservare che questi arresti furon pronunziati, applicando le disposizioni dell'ordin. del 1673, e che se la stessa decisione può darsi oggi, secondo l'art. 474, lo sarebbe soltanto nell'ipotesi in cui il contratto non fosse stato ancora omologato. In effetti gli art. 523 e 524 del Codice di commercio vogliono che i creditori che non hanno sottoscritto soggiacessero alla legge della convenzione, nel caso che non vi si fossero opposti prima di essere stata omologata dalla sentenza. Epperò puossi ben sostenere che dopo l'omologazione, tutt'i creditori sono rappresentati dai sindaci, e non possono per conseguenza produrre opposizione di terzo alle sentenze in cui costoro han figurato da parti. — (*Cassaz.* 5 *aprile* 1810, *Sirey*, *t.* 14, *p* 140.)

1717. *Può il cauzionante avvalersi del rimedio dell'opposizione del terzo per le sentenze pronunziate contro del debitore cauzionato, nel caso soltanto ch'egli proponga eccezioni che gli sono personali?*

Che sì, perciocchè il cauzionante, *anche giudiziario*, sintantocchè si avvale delle eccezioni reali del debitore principale, diggià decise in sua contraddizione, non può essere considerato se non come il suo *avente-causa*, poichè, per ciò solo, egli mettesi nel posto del debitore e vuole avvalersi del dritto di costui: donde siegue ch'egli deve egualmente andar soggetto a tutte le eccezioni le quali tendono ad allontanare siffatto dritto, e per conseguenza a quelle risultanti dalla cosa giudicata contro di lui. — (*Cassaz.*, 27 *nov.* 1811 *Sirey*, *t.* 12, *p.* 125).

1718. *Il coobbligato solidale di colui che fu condannato da una sentenza, può opporsi di terzo?*

No, dappoichè la cosa giudicata col suo condebitore gli è comune, essendo identici i loro interessi. — (*Parigi*, 20 *marzo* 1809, *Sirey*, *tom* 9, *DD.*, *p.* 293.)

1719. *Ma il tutore di un'interdetto è ammesso ad impugnare, colla opposizione di terzo; una sentenza pronunziata con quest'ultimo, prima che la sua interdizione fosse stata dichiarata dal tribunale?*

Una decisione del 3 febbraio 1767 decise negativamente siffatta quistione. — (*Ved. novel. Repert.*, *ubi supra*, *art.* 5) (1).

1720 *L'usufruttuario di un'immobile può forse impugnare, colla opposizione del terzo, una sentenza la quale decise, nell'interesse di un proprietario ed un terzo, che siffatto immobile non apparteneva alla persona da cui ha origine il suo usufrutto?*

Una decisione del parlamento di Parigi, del 6 febbraio 1778, accordò un tal dritto ad una vedova che ricevea un'assegnamento, e per conseguenza usufruttuaria. (*Ved. novel. Repert.*, *art.* 7.) Ma importa osservare che il dritto reale che questa vedova aveva sull'immobile, erale deferito dalla legge, e non già provveniente dagli eredi del suo marito, e per conseguenza non poteva ritenersi che fusse una loro *avente-causa*, nè che fosse stata da essi rappresentata all'epoca della sentenza la quale aveva giudicato che l'immobile non apparteneva a suo marito. La decisione da noi citata non potrebbe dunque applicarsi con certezza se non nel caso di un'usufrutto legale, e non in quello di un'usufrutto convenzionale, potendosi opporre, non essere necessario chiamare l'usufruttuario nella pronunziazione della sentenza la quale aveva deciso della sola proprietà; che se egli aveva dei mezzi particolari da far valere, spettava a lui d'intervenire in quel giudizio; e non avendolo fatto, presumesi di essersi rimesso a quello che diceva il proprietario; epperò in tal guisa ha virtualmente acconsentito che tutto ciò che sarebbe giudicato con costui valesse anche per lui (2).

1721. *La opposizione di terzo è ammissibile contro di una sentenza la quale giudica sopra una quistione di stato?*

Potrebbesi credere il contrario, fondandosi sul principio che lo stato è indivisibile, e per tal ragione, con decisione de' 23 luglio 1806, la corte di Poitiers aveva rigettata la opposizione di terzo prodotta da un' emigrato amni-

(1) Idem relativamente alla sentenza con cui, sebbene questo tutore non fosse stato chiamato in giudizio venne tolta la interdizione. — (*Bollettino della corte di cassazione*, *tom.* 13, *pag.* 35.)

[Ma il marito ha dritto a dimandare per mezzo della opposizione del terzo, la nullità della sentenza d' interdizione di sua moglie. — (*Corte di cassaz. di Parigi*, 9 *genn.* 1822, *Ann. di Laporte*, *anno* 1722, *vol.* 1, *pag.* 478).]

(2) A maggior ragione un fittaiuolo non può rendersi terzo opponente contro la sentenza, con cui il suo locatore fu condannato su di una quistione di proprietà. — (*Rennes*, 23 *dicembre* 1812).

stiato contro di una sentenza pronunziata durante la sua emigrazione, e che dichiarava in contraddizione della sua sposa che un fanciullo era figlio di costei. Ma questa decisione fu annullata nel 7 dicembre 1808 (*ved. Bull. uffic.*), per la ragione che nè l' emigrato nè la sua famiglia erano stati chiamati nel giudizio, sia personalmente, sia per mezzo dei loro rappresentanti. La corte perciò decise che il marito non era rappresentato di dritto dalla sua sposa — (*Ved. la Giurispr. sulla proced.*, *tom.* 3, *pag.* 1—43) (1).

1722. *Per eliminare la eccezione della cosa giudicata dedotta illegalmente da una sentenza, nella quale un terzo non è stato parte, è forse assolutamente necessario produrre opposizione di terzo contro siffatta sentenza?*

L' art. 474 dice giustamente che una parte PUO' *produrre opposizione di terzo ec.*, ma non dice che fosse obbligata di avvalersi di questo mezzo; nè le toglie la facoltà di limitarsi a dire che la sentenza che le si oppone, non è stata con essa pronunziata; che l' è straniera; che dessa, per rispetto a lei, è come se non esistesse; in una parola *est res inter alios acta*—(*Ved. Cod. civile*, *art.* 1351) [a].

Laonde la opposizione di terzo è puramente facoltativa; e se noi dicemmo nella quistione 1682, che si può obbligare ad intervenire in causa colui che avesse dritto ad opporsi di terzo ad una sentenza da pronunziarsi, non si può conchiudere che siavi bisogno di servirsi di questo dritto per impedire che la sentenza produca i suoi effetti contro di lui; perciocchè il dritto di costringerlo a questo intervento non è stabilito se non in favore della parte interessata affinchè la sentenza ch' essa desidera di ottenere fosse pronunziata in sua contraddizione. — (*Ved. il novello Reper. ubi supra*, § 6, *pag.* 762.)

Si può dunque impugnarla per causa di frode, di collusione, ec. oppure far dichiarare ch' è, *res inter alios acta* (2).

ART. 475 ✝ 539 (3). *L' opposizione del terzo che si propone come azione principale, deve introdursi davanti il tribunale che ha pronunziata l' impugnata sentenza.*

L' opposizione del terzo dedotta come incidente in un giudizio già prodotto avanti un tribunale, sarà proposta con una dimanda avanti lo stesso tribunale, se questi è uguale o superiore a quello che ha pronunziato l' impugnata sentenza.

ART. 476 ✝ 540. *Se il tribunale non è uguale o superiore, l' opposizione incidente del terzo è portata in via di azion principale, davanti il tribunale che ha pronunziato la sentenza impugnata* (4).

T. 78. — C. di P., art. 49, 53, 353, 490.

(1) Aggiungi che i figli nati da un matrimonio legittimo hanno de' dritti di famiglia propri e personali, da non confondersi con quelli che possono loro appartenere da parte da' loro autori. Perciò la quistione di legittimità giudicata a vantaggio di un figlio naturale contro un padre, può rimettersi in discussione dietro la opposizione di terzo del figlio legittimo. — (*Cassaz.* 9 *maggio* 1821; *Sirey*, *tom.* 21, *pag.* 100.)

[a] Così fu giudicato in una specie in cui quegli che possedeva una eredità opponeva, ad un terzo che la revindicava, una decisione pronunziata contro altri pretendenti che aveano riconosciuto i dritti del possessore alla detta successione; e fu ritenuto non essere necessario la opposizione del terzo contro tale decisione, e che il terzo il quale rivendicava, potea limitarsi a sostenere che la detta decisione era *res inter alios acta*.— (*Brusselles* 4 *ottobre* 1822; *Ann. di Laporte*, *an.* 1823, *vol.* 1, *pag.* 53)].

(2) Noi ci siamo limitati alle quistioni le quali ci sono sembrate le più importanti sul dritto di produrre opposizione di terzo. Rattrovansi altre specie trattate da Pigeau, tom. 1, pag. 661 e 672 o indicate nel codice annotato da Sirey. Conviene soprattutto vedere le annotazioni riguardanti gli emigrati, dalle quali risulta in generale ch'essi, durante la loro morte civile, furono rappresentati dallo stato nelle cause ad essi relative, e per conseguenza non possono produrre l' opposizione del terzo alle sentenze pronunziate in quell'intervallo di tempo, ma che sono ammissibili ad impugnare in tal modo le sentenze pronunziate prima della prevenzione di emigrazione, e dopo la cessazione degli effetti della loro morte civile.

(3) Ad esempio di Locrè, tom. 2. pag. 288, noi riuniamo questi due articoli pel motivo ch'essi non avrebbero dovuto essere disgiunti, o che, se voleasi tenerli divisi, nel primo si avrebbe dovuto comprendere la sola disposizione relativa all' opposizione del terzo intentata con dimanda principale, e restringere nel secondo tutto ciò che riguarda la opposizioni di terzo dedotte come incidenti. Ma è agevole comprendere, dietro questa osservazione, che le quistioni relative a siffatti articoli posson riferirsi sovente a tutti e due nel tempo stesso; epperò non conveniva dividerli.

(4) GIURISPRUDENZA.

1. L' opposizione di terzo è ammissibile, quantunque l' atto di citazione non contenga la parola

CCCXIV. La legge stabilisce quì questa prima regola generale, che la opposizione del terzo deve prodursi davanti il tribunale che ha pronunziato la sentenza.

Può darsi certamente, dice a tal proposito Bigot de Préameneu, che il terzo opponente sia obbligato di litigare innanzi ai giudici da cui diversamente non avrebbe potuto essere giudicato; ma una opposizione di terzo non può considerarsi se non come un' intervento per arrestare o prevenire l'esecuzione di una sentenza. Or niun intervento può farsi in un tribunale diverso da quello in cui pende la causa principale.

Partendo da questo principio, restava una circostanza a prevedersi, quella cioè in cui, a causa di una contestazione che s' istruisce davanti ad un tribunale, una delle parti si prevalesse di una sentenza pronunziata da un' altro tribunale, e contro la quale il suo avversario avesse il diritto di produrre una opposizone di terzo.

In questo caso, le parti sono presenti davanti il tribunale adito per la contestazione principale. Devesi forse, come anticamente praticavasi, rinviarle innanzi al tribunale il quale ha pronunziato la sentenza impugnata coll' opposizione di terzo?

Non potrebbesi dubitare che in generale sia più conveniente ai loro interessi di restare innanzi lo stesso tribunale ov' esse trovansi, ed ove per conseguenza possono sperare di ottenere una sentenza più pronta sull' una e sull' altra controversia.

Ma prendendo quest'ultimo partito, bisognava soltanto evitare che non fosse turbata la gerarchia de'tribunali. Un tribunale inferiore non deve giammai essere rivestito del potere di pronunziare sopra una sentenza emanata da un tribunale superiore.

Può senza dubbio accadere, nel caso in cui i mezzi di difesa dell'opponente di terzo fossero precisamente gli stessi di quelli rigettati dalla sentenza impugnata, ch' essi venissero ammessi da un' altro tribunale di un potere uguale; ma questo è ancora uno di quei casi rari, insufficiente per allontanare una misura di una utilità certa e quotidiana.

Bisogna d'altronde osservare, che se la sentenza sulla opposizione di terzo fu pronunziata da giudici di prim' istanza, avvi, per esaminare la giustizia di essa, il rimedio dell'appello.

Ma se siasi pronunziata una sentenza in ultima istanza, la varietà di opinioni fra tribunali indipendenti sulle medesime quistioni, è un' inconveniente generale contro il quale non vi ha altro rimedio, se non l' autorità della corte di cassazione, purchè siavi luogo al ricorso.—(*Esposizione dei motivi.*)

1723. *In qual modo deve prodursi la opposizione di terzo allorchè è formata con azione principale?*

Bisogna produrla con citazione ordinaria, dovendosi seguire all' oggetto le medesime regole di procedura di ogni altr' azione principale (1)

1724. *Ma è forse soggetta allo sperimento di conciliazione?*

Gli autori del Pratico, tom. 3, pag. 274, sono per l' affermativa, atteso che niuna disposizione del codice eccettua da siffatto sperimento di conciliazione la opposizione del terzo dedotta con azione principale. Pigeau, tom. 1, pag. 275, è di avviso contrario, fondandosi sul motivo che la opposizione di terzo è una specie d' intervento. Or l' art. 49, eccettua l'intervento dalla formalità della conciliazione.

Si può ancora appoggiare questa opinione

di *terzo*, ma solamente quella di *opposizione*. — (*Rennes*, 5 *giugno* 1817.)

2. Si può produrre l' opposizione del terzo con conclusioni verbali proposte all' udienza, quando questa eccezione addivenga necessaria; dappoichè la forma della dimanda prescritta dall' art. 475 † 539 non è richiesta sotto pena di nullità. — (*Colmar*, 9 *agosto* 1814; *Sirey*, *tom.* 15, *pag.* 132).

3. L' opposizione del terzo proposta avverso le decisioni dell' antico consiglio del Re su di una quistione di proprietà demaniale, debb'esser portata innanzi ai tribunali ordinari. — (*Cassaz.* 12 *agosto* 1818; *Sirey*, 1819, *pag.* 19).

4. Allorchè un tribunale non ha giurisdizione per conoscere dell' opposizione di terzo interposta da una parte contro una decisione prodotta dall' avversario come titolo costitutivo de' suoi dritti, in questo caso esso dee assolutamente astenersi dal pronunziare sul merito della controversia, e rimettere le parti di officio innanzi a chi di ragione. — (*Ivi*).

(1) Poichè la formalità della dimanda non può adoperarsi che ne giudizî incidenti. — (*Rennes*, 2 *settembre* 1818.)

di Pigeau col passo sopra trascritto, del discorso di Bigot de Préameneu, in cui egli dice, che la opposizione di terzo non può considerarsi se non come *un intervento*; e per cui può prodursi soltanto innanzi al tribunale in cui fu trattata la causa principale (1).

1725. *Avvi forse un termine passato il quale la opposizione di terzo non è più ammissibile?*

L' art. 464 è quasi concepito nei medesimi termini dell' art. 2 del tit. 35 dell' ordinanza. Or sotto lo impero di questa legge la corte di cassazione decise, con arresto del 17 germinale auno 4 (*v. la tavola di Borgognié, tom. 1 pag.* 468), che quest' articolo non prescrivendo alcun termine per tal gravame, i giudici non potevano supplirvi; e non devesi forse adottare lo stesso principio sotto l' impero del codice attuale?

Difatti noi crediamo non potersi, nel silenzio del codice, sottoporre ad una prescrizione il dritto di produrre opposizione del terzo; ma siffatta soluzione debb' essere intesa, secondo il nostro avviso, salvo l'applicazione dei principî generali stabiliti dal codice civile sulla prescrizione delle azioni.

Perciò, come dice Berriat Saint-Prix, p 445, sembra naturale di sottoporre il dritto di produrre opposizione di terzo alla prescrizione ordinaria soltanto, la quale deve decorrere dal giorno in cui la sentenza è a conoscenza della parte, tranne però il caso in cui durante siffatto intervallo, quella parte in favor della quale la sentenza fosse stata pronunziata, non avesse prescritto l'oggetto reclamato.—(*Vedi Pigeau, tom.* 1, *pag.* 673, *Prat, tom.*3, *pag.* 265, *e cassaz.*11 *germ, anno* 4, *Sirey* 1815, *tom.* 15, *pag.* 48.)

1726. *Contro di chi producesi la opposizione di terzo?*

Bisogna distinguere due casi, o il condannato non ha eseguita la sentenza, oppure l'ha interamente eseguita. Nel primo caso, se la opposizione di terzo è tale da sospendere la esecuzione, si dovrà mettere il condannato in causa, per impedirlo a dare esecuzione a siffatta sentenza; nel secondo, la opposizione sarà prodotta unicamente contro la parte la quale avrà ottenuta questa sentenza.—(*Vedi Pigeau, tom.* 1, *pag.* 674, *e tom.*2, *pag.* 667, *n.* 1 *e* 2.)

1727. *La opposizione di terzo con azione principale prodotta avverso una sentenza confermata o annullata in grado di appello, debbe essere portata davanti la corte?*

Risulta dagli art. 475 e 476 † 539 e 540 che se la opposizione del terzo è prodotta con azione principale, debb' essere portata davanti ai giudici da cui parte la sentenza impugnata.

Siffatta regola è stata sempre seguita.

Se trattasi dunque di una decisione, bisogna dirigersi alla corte di appello che l' ha pronunziata.

Ma bisogna forse fare una distinzione fra le decisioni che hanno confermato e quelle che hanno rivocato? La opposizione del terzo deve forse prodursi innanzi la corte di appello solamente quando, rivocando, ha essa stessa pronunziata la decisione di cui si duole l' opponente di terzo? Devesi poi produrla innanzi al tribunale di prim' istanza, allorchè i giudici d'appello hanno confermato puramente e semplicemente?

La corte di appello di Brusselles, con decisione del 9 aprile 1808 (*Sirey, t.* 9, *pag.* 107), giudicò che la opposizione del terzo dedotta con azione principale avverso di una sentenza confermata in grado di appello, ovvero contro una decisione confermativa, doveva essere discussa non già dalla corte di appello che ha confermato, ma dal tribunale la di cui sentenza fu confermata. Essa perciò applicò la prima parte dell'art. 475, in forza della quale il giudice che ha pronunziato la sentenza impugnata deve conoscere della opposizione del terzo. In effetto, confermando la sentenza, ed annullando per conseguenza l' appello, una corte non fa altra cosa se non togliere l' ostacolo il quale opponevasi all' esecuzione della sentenza appellata, e non vi rimane altro di tutta la causa fra le parti se non la sentenza confermata; donde giustamente ne siegue che la sentenza impugnata colla opposizione di terzo non è la decisione della corte, ma la sentenza appellata.

E la ragione si è che, nel primo caso, sus-

(1) Checchè ne sia, in favore dell' opinione degli autori del *Pratico* si può trarre argomento dalla regola generale stabilita nell' art. 48 † T; e siccome l' art. 49 non vi fa alcuna eccezione relativamente alla opposizione dell' terzo, ci sembra prudente almeno sottoporre allo sperimento di conciliazione l' opposizione di terzo che si propone come azion principale.

sistendo la sentenza, contro di essa appunto deve prodursi il ricorso; e nel secondo, essendo la stessa annullata, la decisione soltanto devesi impugnare.

1728. *Avviene forse lo stesso allorchè reclamasi per far dichiarare comune una decisione?*

Se la opposizione del terzo, allorchè producesi con azione principale, deve sempre discutersi dal tribunale che ha pronunziato la sentenza impugnata, e quando producesi per incidente, allo stesso tribunale, se è superiore a quello che conosce della causa principale, dipende dal perchè la legge assoggetta l'opponente di terzo alle medesime regole di competenza ch'egli avrebbe dovuto seguire se fosse intervenuto nel giudizio espletato colla sentenza impugnata. Ma la dimanda per far dichiarare comune una decisione è una dimanda principale in esecuzione di questa decisione; e come ogni altra dimanda di questo genere, è soggetta allo sperimento di conciliazione (*vedi supra n.* 1271), e deve subire i due gradi di giurisdizione; sembraci per conseguenza doversi discutere dal tribunale di prim'istanza, il quale ha pronunziato la sentenza confermata colla decisione. Con questo procedimento non ledesi menomamente l'autorità della corte, poichè trattasi soltanto di dichiarare esecutiva una decisione che ha confermata una sentenza, la cui esecuzione, ai termini dell' art. 473, appartiene al tribunale che l'ha pronunziata, mentre quella sentenza non si rivoca, ma soltanto applicasi ad un terzo ciò che ha giudicato.

La stessa cosa deve del pari aver luogo quando la decisione non ha confermato se non in parte, a norma di quando abbiam detto al n. 1697.

1729. *Puossi o devesi, salvo l'appello, pronunziare sopra una opposizione di terzo prodotta avverso una sentenza profferita in ultimo grado di giurisdizione?*

Siffatta quistione non può aver luogo per le opposizioni di terzo che si producono avverso le decisioni delle corti di appello, le quali, per forza della loro medesima istituzione, debbono decidere in ultima istanza; quindi è chiaro ch' esse non possono, salvo l' appello, pronunziare sopra qualunque siasi opposizione di terzo, val dire principale o incidente.

Ma la difficoltà può presentarsi pei tribunali civili di distretto, i quali sono nello stesso tempo giudici di appello per le giustizie di pace, e giudici di prim' istanza. Per esempio, dice Merlin (*vedi quist. di dritto alla parola* opposizione di terzo § 2), due parti litigano davanti una giustizia di pace; emettesi una sentenza contro della quale una di essa produce appello; il tribunale distrettuale giudica su quest' appello e rivoca la sentenza appellata; qualche tempo dopo presentasi un terzo, e produce opposizione alla sentenza del tribunale distrettuale; in qual modo questo tribunale giudicherà sopra siffatta opposizione?

La giudicherà forse salvo l' appello? Allora una causa che per sua natura non può giungere alla corte di appello, le sarà nondimeno sottomessa.

La deciderà forse inappellabilmente? In questo caso l' opponente di terzo non godrà dei due gradi di giurisdizione che la legge accorda a tutte le parti, nelle cause che non sono soggette ad essere giudicate in prima ed ultima istanza dai tribunali distrettuali. — La rinvierà forse al giudice di pace? Ma il giudice di pace non può ritrattare una sentenza pronunziata dal suo giudice superiore.

Perciò, continua lo stesso autore, da qualunque verso esaminasi la quistione, vi si trova un principio opposto al partito che vorrebbesi adottare; bisogna intanto decidersi, e fra due inconvenienti attenersi all' opinione che ne offre il minore; val dire, in altri termini, che devesi riguardare il tribunale distrettuale come investito di un potere sufficiente per discutere la opposizione del terzo inappellabilmente.

Ciò che rimuove a tal riguardo ogni sorta di dubbio, si è che la corte di cassazione ha costantemente deciso, sotto l' impero della costituzione dell' anno 3, la quale aveva stabilito i tribunali civili distrettuali scambievolmente fra loro giudici di appello, ch' essi dovevano pronunziare in ultim' istanza sulla opposizioni del terzo prodotte avverso le loro sentenze pronunziate in grado di appello. — (*V. quist. di diritto, ubi supra*; *nov el. Repert. alla parola* opposizione del terzo, § 4, *e* 21 *brum. anno* 5, *tavolà di Borgognié*, *t.* 1. *pag.* 471.)

1730. *Ove si opponga davanti un tribunale di commercio, una sentenza pronunziata in materia civile da un tribunale di prim' istanza, il tribunale di commercio può forse conoscere della opposizione di terzo prodotta avverso la sentenza di prim' istanza?*

Noi crediamo di no, perciocchè questi due tribunali sono certamente uguali nella gerarchia giudiziaria, nel senso però ch' essi non conoscono se non in prim' istanza delle canse ad essi sottomesse; ma non lo sono per rispetto alla natura della giurisdizione. Giudici di semplice attribuzione, i tribunali di commercio non possono oltrepassare i limiti della loro competenza, fuori dei quali cessano di essere giudici: epperò la opposizione del terzo dev' essere proposta in questo caso, con azione principale, innanzi al giudice che pronunziò la sentenza. — (*Vedi Demiau Crouzilhac*, *pag.* 337.)

Ma se la opposizione del terzo avesse per oggetto una sentenza pronunziata da nn tribunale ordinario in materia commerciale, sarebbe evidente che il tribunale di commercio potrebbe conoscerne, perciocchè sotto questo rapporto, i giudici ordinari decidono nella qualità di giudici di commercio. — (*V. quist. di Lepage*, *pag.* 322 *e seg.*)

Art. 477 † 541. *Il tribunale davanti al quale è stata prodotta la sentenza, contro di cui si è formata opposizione, può secondo le circostanze procedere oltre o sospendere la causa principale.*

C. di P., art. 478, 491.

CCCXCV. Il giudizio nel quale fu prodotta la sentenza, dovea oppur no rimaner sospeso, fino a che non si fosse pronunziato sulla opposizione del terzo? Il legislatore ha saggiamente considerato che i motivi della decisione a questo riguardo sono talmente dipendenti dalla natura e dalle circostanze principale, che dev'essere interamente lasciato alla prudenza dei giudici di procedere oltre nella causa o di sospendere. — (*Esposizione dei motivi.*)

1731. *Quali sono, in generale, i casi nei quali il tribunale avanti a cui è stata prodotta la sentenza soggetta od opposizione, può procedere oltre, o sospendere la decisione della causa principale?*

È vero che i motivi della decisione a tal riguardo sono talmente dipendenti dalla natura e dalle circostanze della causa principale, che la legge lascia interamente alla prudenza dei giudici di procedere oltre nella causa, o di sospendere; ma si può dire, in generale, che il tribunale deve ordinare la sospensione, allorchè sembra evidente che la sentenza opposta possa influire su quella della causa principale, ovvero che sarà riformata per effetto dell' opposizione di terzo dedotta come incidente. Che se all' opposto i giudici credono che la opposizione del terzo è mal fondata, ovvero ch' essa non potrà avere alcnna influenza sulla contestazione principale, potranno procedere oltre alla sentenza di questa contestazione principale sotto la riserva dei dritti delle parti relativi alla opposizione del terzo. — (*V. Pigeau tom.* 1, *pag.* 677; *Prat. tom.* 3, *pag.* 278; *Hautefeuille*, *pag.* 183; *Berriat Saint-Prix p.* 446, *not.* 21.)

Ma un tribunale inferiore non può sospendere l' esecuzione di una decisione, ancorchè avverso questa decisione sia stata prodotta la opposizione di terzo — (*Parigi*, 7 *gennaro* 1812, *Sirey tom.* 12, *pag.* 148, *e Rennes*, 7 *settem.* 1808.)

Art. 478 † 542. *Le sentenze passate in cosa giudicata, che condannano al rilascio del possesso di un fondo, sono eseguite contro le parti succumbenti, non ostante l'opposizione del terzo, e senza alcun pregiudizio al suo dritto.*

Negli altri casi, i giudici potranno, secondo le circostanze, sospendere l'esecuzione della sentenza.

Ord. del 1667, tit. 27, art. 11. — C. C. art. 1352 C. di P. art. 497.

CCCXCVI. Siffatto articolo stabilisce, per rispetto all' esecuzione della sentenza impugnata colla opposizione del terzo incidente o principale, quest' altra regola generale, che un' opposizione di terzo non debb'essere affatto d' ostacolo all'esecuzione contro le parti le quali, dopo di essere state citate trovansi condannate da questa sentenza.

Ma d' altronde quest' esecuzione della sentenza contro le parti condannate non deve pregiudicare ai dritti dell' opponente di terzo.

Sono questi dei principi d'una giustizia evidente; e tal era lo spirito dell' ordinanza del 1667, ed in tal modo esegnivasi. Ma si era limitata a prevedere il caso in cui la sentenza avesse condannato a rilasciare il possesso di un' eredità, ed in questo caso, ordinavasi l'esecuzione non ostante l' opposizione delle terze persone, e senza pregiudizio ai loro dritti.

Trovasi emessa siffatta disposizione, tanto per reprimere in un modo particolare l'abuso delle opposizioni di terzo provocate da coloro i quali erano condannati a rilasciare il possesso dei fondi, quanto per rimuovere la difficoltà che un' opponente di terzo avesse voluto stabilire sulla ragione del danno che sarebbe venuto a soffrire dal solo fatto del rilascio al suo avversario.

Questa disposizione salutare è stata consacrata dall' art. 478 ✝ 512 contenente dippiù che negli altri casi i giudici potranno, a norma delle circostanze, sospendere l' esecuzione. Tal sarebbe il caso in cui l'opponente di terzo reclamasse la proprietà di un mobile la di cui vendita fosse stata ordinata con una sentenza; e tali sarebbero, in generale, tutti quelli in cui l'esecuzione fosse dannosa all'opponente di terzo. — (*Esposiz. dei motivi.*)

1732. *Quali sono i casi nei quali l'esecuzione della sentenza impugnata non può essere sospesa, e quelli nei quali la si può sospendere per ordine del magistrato?*

Bisogna distinguere, secondo l' art. 478, le sentenze passate in forza di cosa giudicata, le quali condannano a rilasciare il possesso di un fondo, dalle sentenze che pronunziano altre condanne.

Per rispetto alle prime, il tribunale che conosce della opposizione di terzo non può ordinare la sospensione, secondo la prima disposizione dell' articolo, uniforme per questa parte all' art. 11 del tit 27 dell' ordinanza; ma debbono eseguirsi contro le parti condannate, non ostante la opposizione del terzo, e senza però pregiudicare ai dritti del terzo.

Ma intendesi già che per ciò si richiede la doppia circostanza, che la sentenza contenga condanna a rilasciare il possesso del fondo, e che sia passata in forza di cosa giudicata. Che se, per esempio, quest' ultima circostanza non esiste, sembraci evidente che la opposizione del terzo produrrebbe l' effetto di permettere al tribunale innanzi al quale fu introdotta, di sospendere l' esecuzione della sentenza impugnata, val dire di servirsi della facoltà accordatagli dalla seconda disposizione dell' articolo, in riguardo ad ogni altra sentenza che pronunziasse condanne diverse da quelle di rilascio d'immobili. — (*Ved. Demiau Crouzilhac, pag.* 338.)

Noi osserveremo intanto che in generale i casi in cui i giudici, a norma di questa seconda disposizione dell' art. 478, possono sospendere l'esecuzione della sentenza impugnata, son quelli in cui si avesse a temere che gli effetti della esecuzione non fossero irreparabili per la definitiva, come potrebbe accadere se, per esempio, l'opponente di terzo reclamasse la proprietà di un mobile la cui vendita fosse stata ordinata dalla sentenza impugnata. — (*Ved. il nuovo Repert. alla parola* opposizione di terzo, § 3, *p.* 76, *n.* 3; *e Pigeau ubi sup.*)

Ad ogni modo noi crediamo che la sospensione dell'esecuzione non può essere accordata che sulla dimanda dell' opponente, il quale prova che l' esecuzione può nuocergli, e che sarebbe irreparabile in definitivo. — (*Ved. Demiau Crouzilhac p* 339.)

1733. *Qual' è l' effetto della opposizione del terzo per rispetto a coloro i quali sono intervenuti nella sentenza impugnata col mezzo della opposizione del terzo?*

La sentenza la quale ammette la opposizione del terzo non deve in generale ritrattare la prima sentenza, se non in ciò che riflette il dritto e l'interesse personale dell'opponente — (*Cassaz.* 23 *germ. anno* 6, 15 *piovos. anno* 9; *Tavola di Bergognié, t.* 1, *pag.* 474, *e* 3 *luglio* 1810, *Denevers*, 1810, *p.* 319.)

Ma siffatta regola soffre eccezione, allorchè l'oggetto della prima contestazione è indivisibile; per esempio, allorchè trattasi di servitù, quando avvi impossibilità assoluta di eseguire la prima e la seconda sentenza: allora, è necessario al certo che la prima sia ritrattata nell'interesse di tutte le parti. — (*Ved. le decisioni qui sopra enunciate, ed il nuovo Repert. ubi supra*, § 3.)

È questa la sola eccezione che possa farsi alla regola generale, cioè che l'effetto di una opposizione di terzo giudicata valida, è di far pronunziare la ritrattazione della sentenza impugnata con questo mezzo a vantaggio soltanto dell'opponente, ed in ciò che riflette il suo interesse ed il suo dritto personale. Se dunque, come si è visto qualche volta, e come Demiau Crouzilhac, pag. 335, sembra opinare che possa farsi, un tribunale preferisse al rigore di questa regola la voce dell'equità, la quale secondo le espressioni di Merlin, gli parlerebbe a favore delle parti ingiustamente condannate, sarebbevi luogo a credere che la decisione fosse

cassata, se le parti producessero contro di essa il ricorso per annullamento.

Alle autorità sulle quali noi abbiamo fondato questa proposizione, debbonsi aggiungere le decisioni della Corte di cassazione, dei 28 agosto 1811 e 12 gennaro 1814. — (*Sirey*, *tom.* 11, *pag.* 352, *e* 1814, *pag.* 246.)

Noi osserviamo che, secondo un'atto di notorietà, del 18 luglio 1816, riportato da Devolant, *in fine* (*ved. benanche Duparc-Poullain*, *tom.* 18 *dei suoi Prin.*), la parte condannata contro la quale erasi prodotta opposizione di terzo poteva, in Bretagna, presentare istanza per far dichiarare comune la decisione, in modo, diceva Duparc, *che se la decisione impugnata era ritrattata sull'opposizione, l'era egualmente per la parte condannata*. Oggidì, a norma di quanto abbiam detto di sopra, è certo che la opposizione di terzo non giova in generale, se non all'opponente di terzo, e che non avvi eccezione se non per lo caso in cui è assolutamente impossibile di eseguire separatamente e la sentenza *impugnata* e quella che la ritratta.

Per rispetto alle sentenze pronunziate in prim'istanza ed impugnate da terzi, sia con appello, sia coll'opposizione di terzo, una Corte reale non può annullarle come fraudolenti, senza dichiarare ammissibile l'appello, o l'opposizione del terzo, e senza pronunziare preliminarmente su' mezzi d'inamissibilità. — (*Cassaz.*, 30 *agosto* 1808, *Sirey*, *tom.* 8, *pag.* 547.)

ART. 479 + 513. *Il terzo, la di cui opposizione è rigettata, vien condannato ad una multa non minore di* 50 *franchi*, *senza pregiudizio de' danni ed interessi verso la parte, se vi ha luogo.*

Ordinanza, tit. 27, art. 10. — C. C. art. 114. — C. di P. art. 471, 1029.

CCCXCVII. L'ordinanza del 1667 condannava l'opponente di terzo, la cui opposizione veniva rigettata, ad una multa di 150 franchi, se trattavasi di una decisione, e di 75 franchi, se trattavasi di una sentenza; il tutto da aggiudicarsi metà in vantaggio del demanio, e metà a favore della parte. L'art. 479 rigettò tale divisione, inamissibile in fatto di multa, e l'ha fissata a 50 franchi almeno; ma aggiunge che il pagamento di essa avrà luogo senza pregiudizio dei danni ed interessi delle parti, ove ad esse competano, unico mezzo per punire degnamente una mancanza di rispetto alla santità delle sentenze, e di riparare con giustizia all'indennizzazione delle parti danneggiate. — (*Rap. al Corpo legisl.*)

1734. *La condanna alla multa può eccedere la somma di* 50 *franchi?*

Secondo gli autori del Pratico francese, tom. 3, pag. 279, risulterebbe dalla redazione dell'art. 479, che questo articolo non avesse fissato che il *minimum* dell'ammenda, dando al giudice la facoltà di portarla a quella somma che crederà convenevole.

Molte Corti d'appello avevano reclamato contro questa redazione, e domandavano che la multa fosse invariabilmente fissata; purtuttavia essa fu mantenuta; e precisamente per questa circostanza gli autori del Pratico credono che la multa può essere fissata dal giudice ad una somma eccedente 50 franchi.

Hautefeuille, pag. 286, pensa il contrario, atteso che, egli dice, ogni qualvolta trattasi di una pena, debb'essere ristretta ne' suoi giusti limiti. Or, nella specie, la legge ha detto, che la multa non potrebbe essere inferiore di 50 franchi; ma non ha detto mai che potrebb'eccedere questa somma.

Noi saremmo molto inclinati ad adottare siffatta opinione; poichè se fosse permesso di portare la multa al di sopra di 50 franchi, quest'eccedente sarebbe arbitrario, e non deve giammai esservi arbitrio, se non fra un *minimum* ed un *maximum* fissati dalla legge. D'altronde, il tribuno Albisson sembrava avere spiegato in questo senso l'art. 479, poichè dice nel suo rapporto al corpo legislativo (*ved. ediz. di F. Didot*, *pag.* 172), che il codice ha fissato *la multa a* 50 *franchi almeno*.

Ma noi però dobbiamo avvertire, che Merlin, novello Repertorio, *ubi supra*, § 5, pag. 761, sembra professare l'opinione contraria. Oggidì la multa, dic'egli, non potrebbe più essere esatta se non fosse pronunziata; *poichè la somma non è più determinata dalla legge*, la quale ne ha assolutamente fissato il minimum a 50 franchi.

Ma se la multa non può essere esatta, ove la sentenza non la pronunzia, non è men vero che i giudici sono obbligati di pronunziare la condanna d'ufficio; poichè la legge prescrive imperativamente questa condanna, e l'art.

1029 dispone che niuna delle pene stabilite dal Codice può essere comminatoria.

1735. *L'ammenda ed i danni ed interessi han sempre luogo, qualunque sieno le cause del rigettamento dell' opposizione del terzo?*

Debbonsi pronunziare in tutt'i casi, sia per inamissibilità, sia per rigettamento in merito, perciocchè l'articolo esprimesi senza distinzione, a differenza dell'art. 10 del tit. 29 dell'ordinanza del 1667, il quale non commina la multa, se non contro colui la cui dimanda è rigettata. (*V. Pigeau, tom.* 1, *pag.* 677 *e* 678.)

Modello di citazione contenente la opposizione di terzo.

L'anno ec. . . ad istanza del signor Luigi ec. . . Io . . . usciere presso . . . ho citato il signor Paolo ec. . . . a rispondere su ciò che segue. L'attore possiede da più di venti anni una casa situata in ... che ha comprata dal sig. Pietro, in virtù di contratto stipulato a dì . . . Non ostante il detto sig. Paolo, fingendo di credere che questa casa fosse tuttora posseduta dal detto sig. Pietro, e pretendendo che la casa fosse di sua pertinenza, ha diretta un'azione di revindicazione contro il detto sig. Pietro a dì . . . dopochè quest' ultimo l'avea venduta all' istante, in vece di esercitare le sue ragioni contro di costui, il solo capace di difendersi ed opporsi alle azioni riguardanti la detta casa. Il sig. Paolo invece di far rivolgere il signor Pietro verso l'attore, divenuto proprietario, si è considerato o à finto di considerarsi, come tuttora padrone della casa in quistione, e si è difeso contro quest' azione; ma sia fraudolenta intelligenza, sia negligenza da parte del sig. Paolo, nel dimostrare che il sig. Pietro non ne era il proprietario, una sentenza venne pronunziata in questo tribunale, a dì . . . che ha dichiarato il detto sig. Pietro proprietario della casa. E siccome questa sentenza pregiudica i dritti dell' attore, conclude che egli sia terzo opponente: e ciò facendo, attesochè la proprietà della casa appartiene all' istante, resta inibito al detto sig. Pietro, e sig. Paolo di eseguire la detta sentenza, sotto pena di tutte le spese danni ed interessi. Ed ho a detti signori Pietro e Paolo ec.

Modello d' istanza contenente la opposizione di terzo incidente.

A' signori presidenti e giudici della corte (del tribunale civile) di . .

Luigi . . . proprietario, ha l'onore di esporvi, come è in causa col sig. Pietro innanzi questa corte (o tribunale), relativamente ad un pezzo di terra situata in . . . confinante . . . dell' estensione di cinque moggia, che l'esponente sostiene essere di sua pertinenza, come erede di suo padre il signor Pietro tra le altre ragioni che adduce per pretendere dal canto suo di esserne proprietario, presenta una sentenza pronunziata da ... a dì ... la quale sopra un giudizio esistente tra il signor Pietro ed il sig. Paolo a motivo di questa proprietà, alla quale entrambi pretendevano, sebbene non appartenga a veruno di essi, ha deciso appartenere al sig. Pietro. E siccome cotesta sentenza reca pregiudizio al richiedente, in quanto che stabilisce in favore del suo avversario una dichiarazione pregiudicabile che non deve esistere, poichè il sig. Pietro non ne è mai stato proprietario, il richiedente fa la presente istanza, con cui conclude ec . . .

Modello di sentenza che rigetta o ammette la opposizione di terzo.

Il tribunale senza tener conto nè aver riguardo alla opposizione di terzo del sig. . . contro la sentenza (o decisione) del dì . . . che dichiara nulla, ordina che la detta sentenza (o decisione) sia eseguita; condanna il sig . . . a . . . di ammenda, ed a . . . pe' danni ed interessi verso il sig . . . , ed alle spese. *Oppure.*

Il tribunale ammette il sig. . . terzo opponente alla esecuzione della sentenza (o decisione) del... pronunziando sulla opposizione, ordina ec. . .

TITOLO II.

Del ricorso per ritrattazione di sentenze (*).

Se è giusto che le parti le quali non furono citate, allorchè si pronunziò una sentenza che loro recava pregiudizio, fossero ammesse ad opporsi contro siffatta sentenza, è del pari giusto, allorchè una decisione pronunziata *inappellabilmente* non trovasi stabilita sulle basi essenziali richieste dalla legge, che le parti,

(*) Può ben dirsi che il ricorso per ritrattazione sia un rimedio quasi nuovo stabilito dalle nostre leggi vigenti per riformare le sentenze dando alle stesse una forma precisa e regolare, e determinando i casi ed il modo per poterlo sperimentare. Gli è vero che nell' antica procedura del foro napolitano erano riconosciute le nullità *per viam actionis*, ed introdotta la reclamazione e la restituzione in intero contro i giudicati diffinitivi ed anche inappellabili di magistrati supremi; ma però cotesti gravami che in qualche parte somigliano alla *ritrattazione*, secondo il nostro attual procedimento, presentano molte notevoli differenze, talchè riesce inutile istituire tra essi alcun esatto paragone.

i loro eredi (1) abbiano la facoltà di dimostrare al giudice l'errore che ha commesso, e di ottenere da lui la ritrattazione della decisione ed una novella sentenza. — (*Esposizione dei Motivi.*)

Da questa ragione nasce il modo straordinario del ricorso per ritrattazione di sentenza. (2) Puossi definirlo una dimanda tendente a far ritrattare in tutto o in parte una sentenza o una decisione inappellabile, pronunziata sia in contradditorio, sia in contumacia, ma non suscettibile di opposizione. (*Art.* 480.)

Siffatta dimanda opera contro la cosa giudicata una specie di restituzione, il cui effetto, allorchè è ammesso il ricorso per ritrattazione, è quello di rimettere le parti, per rispetto alla sentenza impugnata o ad una parte di essa, nello stesso stato in cui erano prima che fosse stata pronunziata. (*Art.* 501.)

Ma siccome non avvi cosa più rispettabile dell' autorità della cosa giudicata, si è dovuto prevenire l' abuso che sotto i più leggieri pretesti le parti potessero fare del ricorso per ritrattazione di sentenza, determinando i casi nei quali è ammissibile, assoggettandolo a talune particolari formalità, dichiarando che dessa non impedisce affatto l'esecuzione della sentenza impugnata, e finalmente punendo con una multa colui che l' avesse temerariamente prodotto. — (*Art.* 492, 498, e 500.)

Sul ricorso per ritrattazione, val dire sull'atto che ne contiene il gravame, vengono pronunziate due sorte di sentenze: l' una sul *rescindente*, che primamente discutesi; l' altra *sul rescissorio*, che si giudica in seguito ove il ricorso è *ommesso* (3).

ART. 480 † 544. *Le sentenze inappellabili* (*) *profferite in contradditorio tanto da' tribunali di primo istanza, che da quelli di appello, non che le sentenze inappellabili profferite in contumacia, e che non sono più suscettibili di opposizione, posson essere impugnate col rimedio del ricorso per ritrattazione delle sentenza da quelle persone che non siano state debitamente chiamate, pe' seguenti motivi, cioè:*

1. *Se vi è stato dolo personale;*

2. *Se le forme prescritte sotto pena di nullità sono state violate prima, o nell' atto della sentenza, quando però la nullità non sia stata sanata dalle parti:*

3. *Se si è pronunziato sopra cose non dimandate:*

(1) Vedi le osservazioni da noi fatte *appresso*, art. 480 † 544, sulla quistione di conoscere se il ricorso per ritrattazione ha luogo per gli *aventi causa.*

(2) La parola *requete civile* (ricorso civile) che noi diciamo *ricorso per ritrattazione di sentenza* riceve un tal nome quasi per dinotare che in esso nulla dee dirsi di offensivo sul magistrato da cui fu pronunziata la sentenza che viene impugnata. Secondo Loyseau nel *Trattato degli offici*, pag. 91, n. 66, si sarebbe chiamato *ricorso civile*, per distinguere questo mezzo straordinario, fondato su certi motivi particolari che vengono *civilmente* ed accortamente palliati sotto la idea di essere stata la parte sorpresa, dai semplici ricorsi, ossia dalle querele che in altro modo facevansi contro le sentenze de' *balioggi e siniscalchie*, ed i quali erano piuttosto accuse che procedure civili. Questa osservazione non cessa di aver vigore, quantunque, secondo molti scrittori, la qualificazione di ricorso civile sia soltanto adoperata ad esprimere che il ricorso in esame non ha luogo nelle cause criminali.

(3) È importante spiegare questi tre vocaboli di pratica.

Rescindere, significa in generale qualunque mezzo che serve a far *rescindere* ossia *annullare* un atto: applicato al ricorso per ritrattazione esprime il complesso de' motivi che vi danno luogo secondo l' art. 480 † 544, i quali allorchè sono giudicati, fanno rivocar la sentenza.

Agire pel rescindere, giudicare il rescindente, val dunque discutere, pronunziare su questi motivi.

Se sono ammessi, dicesi allora che la dimanda è accordata (*enterinèe*), val dire che il ricorso produce il suo effetto, rimettendo le parti nel medesimo ed *intiero* stato in cui erano prima di pronunziarsi la sentenza rivocata in conseguenza di tale ammissione. (Art. 601 † 455 e 666).

Ed in questo caso appunto si procede per far pronunziare sul *rescissorio*, val dire sulla *causa principale*; cui la sentenza rivocata avea messo fine.

Il *rescissorio* vien giudicato da' medesimi giudici i quali hanno *pronunziato*. (Art. 502 † T.) In ciò si è ritornato agli antichi principi i quali erano stati abrogati su questo punto da una legge del 18 febbraio 1791.

(*) Sotto la denominazione di *sentenze inappellabili*, sembra doversi intendere non solo le sentenze pronunziate inappellabilmente, nei casi voluti dalle leggi di competenza, ma benanche quelle che, pronunziate in prima istanza, non siansi impugnate con appello, e le altre pronunziate in grado di appello. In una parola tutte le sentenze le quali essenzialmente, o pel decorrimento dei periodi legali, abbiano acquistato la qualità di sentenze in ultima istanza. (*Vedi Pigeau trad. da F. Cafaro, vol. 2, pag.* 179).

4. *Se è stato aggiudicato più di quello che si era dimandato:*

5. *Se si è omesso di pronunziare sopra uno de' capi della dimanda:*

6. *Se vi ha contrarietà di giudicati inappellabili fra le stesse parti e su i medesimi punti di ragione nello stessa corte o tribunale:*

7. *Se un medesimo giudicato racchiude disposizioni contrarie:*

8. *Se è stato omessa la comunicazione al ministero pubblico ne' casi in cui è ordinata dalla legge, e se il giudicato è stato pronunziato contro la parte, in favore dello quale lo comunicazione era prescritta:*

9. *Se si è giudicato sopra documenti riconosciuti o dichiarati falsi dopo la sentenza:*

10. *Se dopo la sentenza siasi ricuperato qualche documento decisivo che non erasi potuto produrre per fatto della parte avversa* (*) (1).

Ordin. tit. 35, art. 13 e 34 — *Supra*, n. 77. *Infra*, sugli art. 1010, 1026 e 1027.

(*) Questo articolo è all'intutto uniforme all'art. 544 delle nostre leggi di procedura civile, differisce soltanto in ciò che, difformemente all' art. 480 del codice di procedura francese, esso non fa alcuna limitazione delle autorità giudiziarie da cui furono pronunziate le sentenze, ma dice semplicemente le *sentenze inappellabili profferite ec.*

Il ricorso per la ritrattazione delle decisioni in contraddittorio, può proporsi anche pei giudicati del contenzioso amministrativo pronunziati dalla gran Corte dei Conti, ma lo sperimento di questi gravami è ammesso in pochissimi casi, giusta la legge del 25 marzo 1817 art. 25, cioè nel caso siasi dichiarato falso il documento su cui la decisione sia fondata, e nel caso si esibisca un documento decisivo occultato dall' avversario.

Per le decisioni dei consigli d' Intendenza è permesso, pei due cennati motivi, il reclamo alla gran Corte dei Conti quando non siasi proposto nel merito.

Sembra però che debbono anche ammettersi i motivi di dolo e di frode, che costituiscono reato, del pari che la contrarietà del giudicato. (*Vedi ubi supra*).

(1) GIURISPRUDENZA.

1. Prestandosi acquiescenza a taluni capi di una sentenza, si può ricorrere per la ritrattazione di alcuni altri. — (*Quistione* 1151, *e appresso sull' art.* 482).

2. Allorchè in occasione di maggiorati o dotazioni furon pronunziate sentenze passate in giudicato, il ricorso per ritrattazione dopo la morte del titolare compete sia all' intendente generale sia a colui che vi è chiamato; ed i motivi di tal ricorso son quelli indicati dall' art. 480 † 544. — (*Decreto del* 22 *dicembre* 1813; *Sirey, tom.* 13, *pag.* 228; *Cod. Civ. art.* 896 † 941).

3. Il ricorso per ritrattazione ha luogo per cause di registro del pari che in altre qualsivogliano cause. — (*Vedi la quistione* 1747 *nella nota*).

4. Si può ricorrere per la ritrattazione di una sentenza la quale, trascurando di profferire su di una dimanda incidente, pronunzia nondimeno sulla dimanda principale, e rende perciò l' altra dimanda priva di effetto. — (*Torino* 1. *luglio* 1812; *Sirey, tom.* 14, *pag.* 271).

5. Si da luogo al ricorso per ritrattazione contro una sentenza la quale, pronunziando la nullità di un arresto personale, omise di pronunziare sul risarcimento de' danni ed interessi reclamati; ma in questo caso, non vi è luogo a ritrattazione del capo che ha dichiarato nullo l' arresto. — (*Firenze* 26 *maggio* 1809; *Sirey, tom.* 15, *pag.* 120).

6. La contrarietà tra due giudicati profferiti dalla medesima corte, che d' ordinario è un motivo di ricorso per ritrattazione, diviene un mezzo per annullamento, allorchè la parte ha impugnata la prima decisione per impedire che fosse pronunziata la seconda. — (*Cassaz.* 18 *dicembre* 1815; *Sirey, tom.* 16, *pag.* 205).

7. Allorchè fu rivocata una decisione per preteso errore di calcolo, ed allorchè sembra che in realtà vi sia decisione contraria su di un punto controvertito, è nelle attribuzioni della corte di cassazione l' esaminare il merito della decisione, o pronunziare l' annullamento per contravvenzione alla cosa giudicata. — (*Cassaz.* 8 *giugno* 1814; *Sirey, tom.* 15, *pag.* 238).

8. La mancanza di communicazione al ministero pubblico somministra un motivo di ricorso per ritrattazione alla donna maritata, allorchè non si tratta della sua dote.

Non si può dichiarare la donna maritata inammissibile a produrre il ricorso per ritrattazione per aver essa mancato di ottenere anticipatamente l' autorizzazione del marito, se tale autorizzazione l' è accordata nel corso del giudizio. — (*Firenze* 16 *agosto* 1810; *Sirey, tom.* 15 *pag.* 34).

9. *La formalità* dell' intervento del ministero pubblico in un giudizio di graduazione essendo prescritta nel solo interesse della massa de' creditori, la mancanza dell' adempimento di tale formalità dà luogo al ricorso per ritrattazione in favore soltanto di detta massa.

Perciò, il maggior creditore il quale ha agito solo in suo nome o per suo proprio conto, non può ricorrere per la ritrattazione della sentenza, adducendo a motivo di non essere stato inteso il

CCCXCVIII. Una sentenza non è altro se non una dichiarazione vera e giusta su i punti controversi della causa, dichiarazione data solennemente per gli organi della legge.

Allorchè i giudici sonosi allontanati dalle *forme* di *procedere* le quali, prescritte *sotto pena di nullità*, furono riguardate necessarie, la loro sentenza non ha più il carattere di solennità.

Non vi si trova affatto la dichiarazione di quello ch' è vero e giusto, allorchè si ottenne con *dolo personale*, sia occultando i documenti decisivi, sia servendosi di altri mezzi; allorchè fu pronunziata sopra documenti falsi; allorchè le sentenze fra loro, o la stessa sentenza contenga disposizioni contraddittorie.

Finalmente la loro dichiarazione è difettosa, allorchè non comprende tutto ciò che ha formato oggetto della controversia.

Sono queste le diverse cause di reclamo che vengono distinte nel foro per la forma con cui si è ammesso a farle valere, e che chiamansi col nome di ricorso per ritrattazione di sentenza. (*Esposiz. dei motivi*). Il nostro art. 480 † 544 le enumera tutte, ed opera con siffatta enumerazione degli utili cambiamenti alla legislazione anteriore. (1)

1736. *Puossi produrre ricorso per ritrattazione avverso le sentenze pronunziate da una giustizia di pace, o da un tribunale di commercio o di arbitri, e contro gli arresti della Corte di cassazione?*

ministero pubblico. — (*Parigi*, 9 *agosto* 1817; *Sirey*, *tom.* 17, *pag.* 410).

10. Il ricorso contro le decisioni profferite in contraddittorio dal consiglio di stato del Re corrisponde al ricorso per ritrattazione delle sentenze de' tribunali, ma è soltanto ammesso in due casi, cioè 1. se la decisione fu pronunziata su falsi documenti; 2. se la parte è stata condannata per aver mancato di presentare un documento decisivo ch' era ritenuto dal suo avvarsario. — (*Regolamento del* 22 *luglio* 1806).

Questo ricorso non è ammissibile, ove sia fondato su documenti nuovamente ricuperati i quali non siano *ritenuti* dalla parte avversa. E nè può ammettersi, ancorchè la decisione fondata su di un documento falso adoperato nella decisione poggiasse d' altronde su di altri documenti decisivi. — (*Decreto degli* 11 *gennaio* 1818; *Sirey*, *tom.* 18, *pag.* 307).

[11. Al par dell'appello il ricorso per ritrattazione può dirigersi contro tutti gli atti che hanno il carattere di una sentenza. — (*Bruss.*, 29 *aprile* 1819, *Giurisprudenza di dette Corti*, *anno* 1819, *vol.* 2, *pag.* 65.)]

[12. Si può impugnare col ricorso per ritrattazione quella decisione avverso la quale, prodotto ricorso per annullamento, questo fu rigettato. — (Brusselles 24 giugno 1822, Giurisprudenza di dette Corti, anno 1822. vol. 2, pag. 208, ed Annali di Laporte, anno 1823, vol. 1, pag. 189)].

(1) Per esempio, l' ordinanza del 1667 voleva che vi fosse luogo a ricorso per ritrattazione di sentenza se la procedura da essa prescritta non fosse stata seguita. Bisogna convenire che un motivo sì vagamente enunciato potea divenire pericolosissimo con una procedura così complicata di formalità, molte delle quali non potevano sembrare di grave importanza. L' art. 480 † 544 previde questo inconveniente, autorizzando il ricorso civile per la inosservanza di alcune formalità prescritte nel solo caso in cui la legge ha ingiunta la pena di nullità alla violazione, e che questa violazione è stata commessa, sia *prima*, sia nell' atto della sentenza, purchè la nullità non fosse stata sanata dalle parti.

La stessa ordinanza mettea tra i casi, nei quali davasi luogo a tal ricorso, quello in cui fosse stato pronunziato su cose dimandate *o non controvertite*. Ma come potevasi conciliara questa disposizione sulle dimande *non controvertite* coll' effetto che la legge accorda alle confessioni fatte in giudizio? E quando le dimande erano fatte in giudizio verbalmente *o* per iscritto ed il convenuto acchetavasi alla condanna, la sentenza che le accordava, potea forse essere rivocata sotto il pretesto che non fossero state controvertite? Siffatta strana locuzione tanto suscettiva di equivoci o d'impacci pei giudici e per le parti, non si ritrova nel nostro articolo il quale ammette, è vero, e giustamente, il motivo fondato sull' esserai prounnziato intorno a cose non dimandate (*ultra petita*), ma che tronca quella giunta, se non altro insignificante, *ovvero non controvertite*.

Al pari dell' ordinanza, lo stesso articolo dà un altro motivo di ricorso per ritrattazione di sentenza, *ove siasi giudicato su falsi documenti*. Ma l' ordinanza non dicea in qual modo dovea provarsi la loro falsità, nè in qual' epoca; ed è facile il comprendere la conseguenze di questa omissione. Il nostro articolo le ripara, esigendo che i documenti siano stati riconosciuti o dichiarati falsi dopo la sentenza.

Su questo passo del repertorio di Albisson, Berriat-Saint-Prix, pag. 454, *nota* 3. *osserva esser vero che, presa alla lettera, la disposizione dell' ordinanza sembrava fare un delitto al giudice di quello ch' è precisamente suo dovere, vale a dire di aver pronunziato su di una dimanda alla quale erasi aderito. Ma, aggiunge il nostro dotto collega, non esser questo il senso con cui veniva interpetrata, ma s' intendea bensì che il giudice non dovea pronunziare su cose sulle quali non si era contestata la lite.* (Vedi Rodier, art. 34, § 3). Comunque sia, *poichè la medesima offriva qualche oscurità, si è fatto bene a sopprimerla.*

Noi abbiam detto nella quist. 77, t. 1, p. 98, che non potevasi produrre un siffatto ricorso contro una sentenza pronunziata da un giudice di pace, e pensiamo lo stesso, sia per rispetto ad una sentenza del tribunale di commercio (*ved. Pigeau, tom.* 1, *pag.* 599), sia relativamente ad un'arresto della Corte di cassazione, il quale abbia rigettato un ricorso per annullamento (1).

Ma Merlin, in una requisitoria riportata dal Sirey, 1815, pag. 136, giustifica quest' eccezione relativamente alle giustizie di pace e tribunali di commercio, dicendo che il ricorso per ritrattazione non è ammesso dall' art. 480 se non contro le sentenze inappellabili dei tribunali di prim' istanza e d' appello, e non è da alcun testo di legge accordato contro le sentenze inappellabili dei giudici di pace, nè contro quelle dei tribunali di commercio. Or, aggiunge egli, si sa che colle parole tribunali di prim' istanza, il Codice di procedura non intende, al par della legge del 27 ventoso anno 8, che i tribunali civili del distretto.

Delvincourt, Istituzioni del dritto commerciale, tom. 2, p. 18; Pardessus, tom. 4, p. 80; Berriat Saint-Prix, pag. 451, nota 12, Pigeau, t. 1, p. 599, sono della stessa opinione, fondandosi sulle stesse ragioni, alle quali puossi aggiungere che ogni ricorso per ritrattazione, dovendosi comunicare al ministero pubblico (*art.* 498 † 562), il voto delle legge non potrebbe essere adempito nelle cause commerciali, ma gli autori degli Annali del notariato ammettono al contrario questo ricorso anche contro le sentenze pronunziate dalle giustizie di pace. (*Com. sul Codice di proced. t.* 3, *p.* 258) Boucher formalmente sostiene che desso è ammissibile contro le sentenze di commercio (*ved. Proced. davanti i tribunali di commercio pag.* 139); e finalmente gli autori del Pratico, t 3, pag. 292, manifestano la medesima opinione, dappoichè, dicono essi, l' art. 480 stabilisce una regola generale; ed abbraccia per consegnenza, sotto la denominazione generica di *sentenze di prim' istanza*, quelle dei tribunali di commercio.

Finalmente Thomines, nella sua raccolta, professa la medesima dottrina, ch' estende benanche alle sentenze pronunziate dai giudici di pace. Egli così esprimesi: « Una sentenza
» ottenuta per dolo davanti ad una parte avversa, sia davanti ad un tribunale di com-
» mercio, sia davanti un giudice di pace, non
» dev' essere irrefragabile; davanti a nessuno
» magistrato il dolo può recar profitto al-
» l'autor di esso, e se opponesi che le formole
» prescritte dal Codice pel ricorso per ritrat-
» tazione non possono osservarsi nella giu-
» stizia di pace e nei tribunali di commer-
» cio, noi risponderemo che basterà osserva-
» re quelle che possonsi mettere in pratica;
» non volendo la legge l'impossibile, e molto
» meno lasciare la frode impunita. »

La Corte di Brusselles, con decisione del 23 gennaro 1812, giudicò nell' istesso modo per una sentenza del tribunale di commercio: con-

L' ordinanza volea che si discutessero i motivi del ricorso per ritrattazione e le risposte del convenuto, senza *entrarsi nel merito*.

Ma in qual modo discutere il motivo dedotto dal ricuperamento di documenti *decisivi*? In qual modo dimostrare che lo stato, i comuni, i pubblici stabilimenti o i minori non sono stati *validamente difesi*? E come ribattere queste ragioni, senza entrare nella cognizione del merito?......
La cennata disposizione, impossibile ad eseguirsi, almeno in questi due casi, è stata tolta via: una legge, la cui esecuzione è qualche volta impossibile, non può essere una buona legge.

Finalmente l' ordinanza dava luogo al ricorso per ritrattazione, allorchè nelle cause le quali interessavano lo *stato* o *la chiesa*, *il pubblico* o *la polizia*, non vi fosse stata alcuna comunicazione al pubblico ministero; ed attese queste generali espressioni, siffatto rimedio competeva anche alla parte la di cui qualità non esigea la preliminare comunicazione a' proccuratori del Re.

L' art. 480 † 544 ha fatto cessare questo abuso. Esso ascrive tra i motivi di ricorso per ritrattazione il caso in cui, esigendo la legge la comunicazione al ministero pubblico, questa comunicazione non ha luogo; sol però quando fu pronunziata la sentenza contro la parte in favor della quale era essa ordinata.

Da questo paralello ognuno potrà avvertire non essersi alcuna cosa negletta per mantenere il rispetto dovuto alla cosa giudicata, e compiere il voto della giustizia per la regolarità de' giudizi. — (*Rapporto al corpo legislativo*).

(1) Vedi il regolamento del 1738, part. 1. tom. 4. art. 4; le Quistioni di dritto, alla parola *ricorso civile*, §. 3.; un arresto della corte di cassazione, de' 2 frimaio, anno 10, *ivi*, ed il nuovo Repertorio, alla medesima parola, ed alla parola *cassazione*, §. 8.

Ma il ricorso civile è autorizzato contro le sentenze arbitramentali a' termini dell' art. 1026 † 1102, colle modificazioni dell' art. 1027 † 1103. (*Vedi le nostre quistioni su questi articoli.*)

siderando che le espressioni dell'art. 480 comprendono i tribunali di commercio ; che le leggi speciali le quali limitano la loro competenza non interdicono ad essi di conoscere dei ricorsi per ritrattazione contro le loro sentenze , e che le formalità da seguirsi in questo caso erano quelle soltanto compatibili con la loro organizzazione ; che in tal modo furono interpetrati i §. 3 e 6 dell'art. 83†177, per la comunicazione al ministero pubblico , nelle declinatorie sull' incompetenza e nelle cause risguardanti i minori; che per conseguenza gli art. 492, 496 e 498†556, 560 e 562 non sono di ostacolo contro l'ammissione del ricorso per ritrattazione davanti i tribunali di commercio.

È chiaro che siffatte ragioni , le quali sono precisamente quelle esposte dagli autori del Pratico e da Thomines , convengono egualmente alle giustizie di pace.

Fra queste diverse opinioni , le cui ragioni lasciamo la cura al lettore di valutare , ci corre l' obbligo di manifestare la nostra ; ma noi la presentiamo con tanta maggiore diffidenza, in quanto che dessa è contraria a quella che abbiamo espressa *supra* quist. 77 e 1718 , ed al sentimento degli autori di gran rinomanza. Ma quello che ci determina si è che anticamente il ricorso per ritrattazione era ammesso contro le sentenze dei giudici consulenti ed innanzi ad essi, come l' attestano formalmente Rodier sull' art. 4, tit. 35 dell'ordinanza, e Duparc-Poullain , Principi del dritto , tom. 9 , pag. 957.

Or non potrebbesi, sia nella discussione al consiglio di stato, sia nell'esposizione dei motivi e rapporti al corpo legislativo , trovare la menoma traccia di cangiare a tal riguardo l'antica giurisprudenza. Da un' altra parte le medesime ragioni le quali fanno ammettere il ricorso per ritrattazione contro le sentenze dei tribunali di distretto militano per tutte gli altri; qualunque siasi la natura della causa ed il giudice che ha pronunziato a suo riguardo, la frode e taluni errori non debbono recar profitto ad alcuno ; e sotto l' impero del Codice , *le proposizioni di errore* (1), già abrogate dall'ordinanza, tit. 35, art. 42, non potendo più essere ammesse, è tanto più giusto di estendere l' uso del ricorso per ritrattazione a tutte le sentenze, da qualunque giurisdizione esse emanano. — (*) (*Giornale dei patrocinatori* , *tom.* 7, *pag.* 184) (2).

(1) *Proposizioni di errore* erano un mezzo d' impugnare le decisioni , fondato sul preteso errore di fatto per parte de' giudici.

(*) La quistione se possa proporsi il rimedio della ritrattazione contro le sentenze inappellabili dei giudici di circondario è una quistione che agita ancora il nostro foro. — Oltre alle ragioni addotte dagli scrittori citati da Carrè nella proposta quistione , Pigeau , vol. 2. pag. 181 in sostegno della negativa , ne aggiunge altre tre , che sono le seguenti : 1. Che i giudici di circondario e di Commercio non sono risguardati come forniti delle cognizioni necessarie per decidere su questa specie di controversie ; 2. Che negli affari di commercio importa non far uso di lungherie , nè frapporre ostacoli e ritardi alle decisioni definitive ; 3. Che i tribunali di pace non pronunziano ordinariamente che sopra oggetti poco considerevoli. Ma tuttocciò non toglie che la quistione non possa con maggior ragione risolversi per l' affermativa , giusta il secondo avviso del nostro A. il quale sulle prime era stato di contraria opinione ; e quindi ritenere che il rimedio della ritrattazione non debba negarsi anche per le sentenze inappellabili de' conciliatori , poichè le leggi di procedura dichiarano esplicitamente loro applicabili , per le cose non espressamente regolate dalla procedura speciale pei detti magistrati , le regole di procedura pei tribunali civili. Nè sembra giusto che una sentenza suscettibile di ritrattazione non lo debba essere perchè tenue di valore , mentre vediamo accordato questo beneficio contro le sentenze anche di tenue valore pronunziate dagli arbitri — Finalmente presso di noi che ai tribunali di commercio è annesso il pubblico ministero , è meno che nullo l' altro argomento che si mette in campo da coloro che sostengono la negativa , allorchè soggiungono che dovendo ogni ricorso per ritrattazione comunicarsi al pubblico ministero (art. 562) non potrebbesi nelle cause commerciali adempiere al voto della legge. Ad ogni modo una quistione ch' è stato diversamente risoluta dai più commendevoli autori che hanno scritto sul codice di procedura , e non uniformemente decisa da' tribunali , ci fa giustamente sperare che una dichiarazione autentica voglia tra noi rimovere ogni dubbio , determinandone il diritto ed il modo di esercitarlo.

(2) La nostra opinione fu consagrata da decisione della sez. civ. della corte di cassazione , del 24 agosto 1819 (*Bollettino ufficiale del* 1819 , *pag.* 226) , attesocchè secondo l' espressioni degli art. 480 e 490 † 544 e 554 del cod. di proc. civ. il ricorso per ritrattazione ha luogo contro delle sentenze inappellabili pronunziate da' tribunali di prima istanza , e deve prodursi nello stesso tribunale che ha profferita la sentenza impugnata ; che i tribunali di commercio sono tribunali di prima istanza, ed in conseguen-

1737. *Può dedursi il ricorso per ritrattazione contro le sentenze preparatorie, provvisionali, ed interlocutorie, nel modo stesso che possono impugnarsi con questo mezzo le sentenze definitive?*

Che sì, ma uniformandosi alle disposizioni contenute nell' art. 451 ✝ 515 per rispetto all' appello che si può produrre contro siffatte sentenze. (*Ved. Pigeau, tom.* 1, *pag.* 599). Sotto l' impero dell' antica legislazione non ammettevasi contro di esse il ricorso per ritrattazione se non quando erano di pregiudizio irreparabile nel definitivo ; ma il Codice non essendosi spiegato a tal riguardo , sembra doverci uniformare alla disposizione generale dell' art. 480 , e rigettare questa restrizione (1) (*).

1738. *Il ricorso per ritrattazione è forse ammissibile, se una sentenza, da principio soggetta ad appello , non è più suscettibile di questo genere di gravame , perchè spirati i termini , oppure perchè la parte vi ha prestato acquiescenza o ha lasciato perimere l' istanza?*

In verità , la sentenza acquista in tal circostanza la medesima autorità di una sentenza inappellabile ; ma per essere suscettibile del ricorso per ritrattazione, bisogna che abbia siffatt' autorità dalla stessa natura della contestazione sulla quale si è pronunziata ; e d' altronde nei casi che abbiamo indicati, vi ha un' acquiescenza tacita o presunta che toglie alla parte il dritto di gravarsi di quanto fu deciso dalla della sentenza — (*Ved. Pigeau* , *ubi supra, e Demiau Crouzilhac, pag.* 340) (**).

1739. *Il ricorso per ritrattazione di sentenza è ammissibile , allorchè la sentenza è stata qualificata come appellabile ?*

Non bisogna affatto considerare la qualifi-

za il ricorso per ritrattazione ha luogo contro le sentenze pronunziate in ultima istanza , e debb' essere giudicato dal tribunale da cui si pronunziò la sentenza che n' è l' oggetto. Or con questa decisione venne annullata quella della corte di Douai del 15 dicembre 1817.

(1) Sarebbe ammesso il ricorso anche contro una sentenza con cui non si pronunzia che *in quanto al presente.*—(*Cassaz.* 10 *piovoso anno* 12. *Sirey anno* 12 , *pag.* 256 : *ma vedi ciò che diremo sulle sentenze comminatorie*).

(*) La sentenza interlocutoria deve però pregiudicare il merito , ed in ultima istanza ; poichè essendo il ricorso civile un rimedio straordinario , non deve usarsene che in mancanza di ogni altro. Il codice non lo dice espressamente ; ma avendo negli art. 515 e 516 accordato l' appello , se ne può trarre argomento pel ricorso civile. L' art. 25 dell' ordinanza del 1657 lo diceva espressamente. (*Pothier , trattato della procedura p.* 3, *cap.* 4, *sez.* 3. *art.* 1. §. 3).

(**) Con quel rispetto dovuto al nostro A. noi crediamo doverci questa volta discostare dalla sua opinione , e sostenere che il ricorso per ritrattazione competa nel proposto caso alla parte , anche quando abbia prestata acquiescenza , o abbia per sua colpa fatta perimere l' istanza. Difatti s' è principio riconosciuto dallo stesso autore , quist. 1736 , *che la frode e taluni errori non debbono essere di profitto ad alcuno* , perchè dunque vi si vorrebbe deviare nella presente quistione ? La parte condannata ha prestata acquiescenza sul motivo che ignorava all' epoca della lite la frode e l'errore ; avendolo scoperto , perchè vietarle l' unico rifugio per non lasciare impunito il dolo commesso dalla parte avversa ? oltre a ciò, giusto quanto si è testè detto nella nota pag. 293 l' art. 544 della nostre leggi di procedura , a differenza dell' art. 480 del codice di procedura francese , non fa limitazione alcuna della autorità giudiziarie da cui le sentenze si sono pronunziate. In esso si parla soltanto di *sentenze inappellabili* , e noi abbiam fatto osservare in un' altra nostra nota pag. 292 che per *sentenza inappellabile* sembra doversi intendere non solo le sentenze pronunziate inappellabilmente nei casi voluti dalle leggi di competenza , ma anche quelle che abbiano acquistato un tal carattere a causa del decorrimento dei periodi legali.

Egli è vero , secondo dice Pigeau , il quale è benanche della opinione del nostro autore (*vol.* 2, *pag.* 182, *sez. IV* , §. 1.) che la parte col prestare acquiescenza ha aderito , almeno tacitamente, alla sentenza pronunziata contro di lei ; e che bisogna mettere un termine alla lite e non accordare alla negligenza ed alla cattiva fede un privilegio ch' è dovuto soltanto alla buona fede. Ma volendosi pur ritenere questa ragione , essa non è applicabile a tutt' i motivi pei quali dall' art. 254 è permessa la ritrattazione ; e che, se può valere pei motivi 2 , 3 , 4 , 5 , 7 , 8 , non può valere per gli altri 1 , 6, 9 , 10 , e 11. Finchè il dolo , la frode , la falsità , la contrarietà tra giudicati diversi del tribunale istesso non si riconosca , la parte succumbente può ben' acquietarsi ad una sentenza che sembra per se stessa giusta , secondo i fatti allora esistenti , e quindi rinunziare all' appello , credendolo inutile , e non volendo gravarsi di ulteriori spese , senz' alcun' utile risultamento. Per la qual cosa crediamo doversi fare una distinzione, ed accordare alla parte che ha apprestato acquiescenza il diritto di ricorrere per ritrattazione , almeno negli ultimi indicati motivi.

cazione della sentenza, ma soltanto la materia giudicata. (*Arg. tratto dall'art.* 453, *ved. le nostre quistioni su questo articolo*). Perciò allorchè una sentenza è qualificata come inappellabile, mentre dovea qualificarsi per appellabile, la strada del ricorso per ritrattazione è preclusa, nè si può prendere che quella dell'appello. Che se al contrario la sentenza è qualificata come pronunziata in prima istanza, mentre la materia era suscettibile di esser giudicata inappellabilmente, basta che l'appello sia di dritto vietato, perchè venga autorizzato il ricorso per ritrattazione. — (*Ved. Demiau Crouzilhac, pag.* 340.)

1740. *Quali sono le persone le quali possono produrre ricorso per ritrattazione, e contro di chi può prodursi?*

Il Consigliere di Stato Bigot de Prèameneu risponde a siffata quistione nella Esposizione de' motivi. — (*Ved. ediz. di F. Didot, pag.* 146.)

Osserviamo che gli eredi, i successori o aventi causa dalla parte la quale è stata chiamata in giudizio, possono produrre ricorso per ritrattazione, perciocchè questo rimedio è considerato come un prosegnimento, come un compimento della procedura, sulla quale si è interposta la sentenza in tal guisa impugnata. Ma per rispetto alle sentenze nelle quali gli attori non han figurato come parti, non si può riguardare il ricorso per ritrattazione sotto siffatto rapporto: esse non possono dunque produrlo contro queste sentenze, e non hanno se non il rimedio della opposizione del terzo, il quale, come meno dispendioso, era preferito, siccome osservò il Consigliere di Stato Bigot de Préameneu, allorchè l'ordinanza del 1667 tit. 35, art. 25 apriva nell'istesso tempo ai litiganti questa via, e quella del ricorso per ritrattazione. — (*Ved. quist. di Lepage pag.* 327.)

Poichè il ricorso per ritrattazione è ammesso a favore di coloro i quali furono parti nella sentenza, ed a favore dei loro successori o aventi causa, ne nasce per conseguenza che una parte può avvalersi di questo gravame contro le persone, che hanno le medesime qualità. Ed altronde dirigendo il ricorso contro i successori o aventi causa dell'avversario non si fà che agire in virtù del principio che si possono esercitare contro di essi i dritti che aveansi contro il loro autore. — (*Ved. Pigeau, ubi supra pag.* 402, *e l'arresto della Corte di cassaz. del* 1 *ger. an.* 11 *quist. di dritto,* 2. *ediz. alla parola* ricorso per ritrattazione, § 7. *tom.* 4, *pag.* 451) (1).

1741. *Si può produrre ricorso per ritrattazione allorchè è autorizzato il mezzo dell'appello, di opposizione e di ricorso per annullamento?*

È un principio generale, che non si possono contemporaneamente adoperare due gravami per far riformare, o ritrattare una sentenza, e che non debbesi adoperare quello che la legge indica in ultimo luogo, se non dopo di aver sperimentato tutti quelli indicati in prim'ordine.

Perciò, primamente, allorchè si ha il rimedio dell'opposizione, non si può ricorrere all'appello, nè alla opposizione del terzo, nè al ricorso per ritrattazione, nè alla Cassazione. — (*Ved. la Dec. della Corte di Montpellier, riportata nella giuris. sulla procedura, tom* 3. *pag.* 402, *sotto la data del mese di feb.* 1809 *senza indicazione del giorno*) Da ciò siegue che il ricorso per ritrattazione contro una sentenza contumaciale, può prodursi sol quando l'opposizione è inammisibile.

In secondo luogo, allorchè si ha il rimedio del ricorso per ritrattazione, non si può produrre quello per annullamento, in questo senso almeno, che esso verrebbe a fondarsi sopra un motivo indicato dalla legge, come capace soltanto a far produrre il ricorso per ritrattazione. — (*Ved. fra gli altri, gli arresti della corte di Cassazione dei* 26 *aprile, e* 29 *marzo* 1809, *Giuris. sulla proc. tom.* 3. *pag.*

(1) Nondimeno la sezione del tribunato, a di cui proposta fu adottata la prima disposizione dell'art. 480†544, avea formalmente stabilito che, se gli eredi poteau avvalersi del ricorso per ritrattazione, per essere compresi nella denominazione di *parti* secondo la medesima che i successori universali rappresentano il defunto, era altrimenti pel ricorso civile il quale non debb'essere prodotto che da quelli che intervennero come *parti* nel giudizio, o che vi furono debitamente chiamati. — (*Locrè, tom.* 2, *pag.* 301).

Ma gli oratori del governo e del corpo legislativo avendo al contrario espressamente posto gli *aventi causa* nel numero delle parti le quali possono far uso del ricorso per ritrattazione noi stimiamo che qualunque *avente causa* ha questo dritto, secondo il voto del legislatore, il quale ha sancita la legge secondo tali spiegazioni: e così pure gli autori insegnarono in tutti i tempi.

106. *e* 283). Se dunque producesi il ricorso per ritrattazione, non si può nello stesso tempo ricorrere per annullamento. — (*Ved. Berriat Saint-Prix*, *pag.* 451 , *e Pigeau tom.* 1. *pag.* 599).

Trovandosi risolute siffatte quistioni generali, noi andiamo ad esaminare quelle che danno origine alle disposizioni de' 10 paragrafi nei quali l'art. 480 particolarizza le differenti cause che danno adito al ricorso per ritrattazione. Ma dobbiamo pria di tutto osservare, che questo gravame non può essere ammesso se non quando la parte la quale lo produce, fondasi sopra una di siffatte cause. E la ragione di ciò nasce dal perchè il ricorso per ritrattazione è un rimedio straordinario, e non può adoperarsi, che nelle circostanze precise indicate dalla legge, senza esporsi continuatamente a delle forti multe, e spesso ai danni, ed interessi.—(*Ved. gli art.*497 493 *e* 516† 561, 557 , e 580.

PRIMO MEZZO DEL RICORSO PER RITRATTAZIONE (1).

1742. *Qual cosa intendesi con questa parola* DOLO PERSONALE?

La parola *dolo* applicasi a tutte le frodi e sorprese, che mettonsi in uso per ingannare qualche persona. Noi non dobbiamo affatto arrestarci alla stabilità del dritto Romano, secondo la quale Rodier sull'art. 34 del tit. 35 dell'ord, distingue il dolo in dolo *personole*, il quale deriva dal fatto di qualche persona nel disegno d'ingannarne un'altra, ed in dolo *reale*, il quale non è altro se non che la lesione o il torto che da qualcuno si soffre. Il dolo provviene sempre dalla mala fede, e per conseguenza sempre dalla persona. Se la legge si è servita di queste parole, *dolo personale*, l'è senza dubbio per indicare, in un modo più sicuro, la sua intenzione che il dolo non dia adito al ricorso per ritrattazione, se non quando deriva dal fatto personale della parte, in favor della quale fu pronunziata la sentenza, e non già allorchè è stato praticato da un terzo, senza la di costei partecipazione.

Ma è da osservarsi che il dolo dell' Avvocato, del Patrocinatore, o del mandatario è considerato come provveniente dalla stessa parte.—(*Arg. desunto dall'art.*1384†1338 *del Cod. civ.ed. Pigeau tom.* 1. *pag.* 602 *e* 603, *ed una decis. della Corte di Brusselles del* 22 *luglio* 1810, *Sirey tom.* 14, *pag.* 404.)

Gli scrittori convengono (*Ved. Rodier*, *ubi supra, e Pothier*, *Cap.* 3, *Sez.* 3, §. 2.) che questo mezzo è di grandissima estensione, e che non è possibile particolarizzare i casi nei quali si può adoperare.

La citata decisione della Corte di Brusselles ne offre un' esempio nella specie in cui il difensore di una delle parti aveva dedotto all' udienza un fatto materialmente falso, poggiando siffatta deduzione con assertiva egualmente falsa, cioè che egli aveva in mano un'atto giustificativo di questo fatto. Il ricorso per ritrattazione per causa del dolo fu ammesso contro la sentenza *fondata sopra questo fatto*, *che i giudici avevano riputato costante*.

Rilevasi da queste ultime espressioni, seguendo un principio ritenuto in tutt' i tempi, ch'è necessario, onde il ricorso per ritrattazione sia ammesso, che il dolo abbia influito sulla sentenza. — (*Ved. Bornier* , *Rodier* , *Serpillon*, *sull' art.* 34 *dell' ordin.*) [a]

Ma si è particolarmente agitata la quistione di conoscere se il giuramento riconosciuto falso apre una strada legitima al ricorso per ritrattazione. L'autore dei Saggi di giurisprudenza sostiene alternativamente, con ragioni speciosissime, la negativa e l'affermativa di siffatta quistione. Si vede intanto ch' egli inclina per l' ammissione del ricorso per ritrattazione, e che preferisce l' inconveniente del risorgimento di una lite all'impunità dello spergiuro. Pigeau ammette siffatta opinione nel caso in cui il convenuto rimane discaricato dalla dimanda mercè un giuramento che gli è stato deferito d' *officio* ; allorchè in seguito si è provato lo spergiuro, l'attore, egli dice, potrà produrre il ricorso per ritrattazione, purchè la prova dello spergiuro non risulti da un documento conservato dal condannato. (*)

(1) Vedi art. 480, §. 1.

[(a) Ci ha dolo personale, costituendo un mezzo di ricorso per ritrattazione, allorchè nell' intentare un' azione si nasconde la esistenza di un documento che rendeva l' azione inammissibile. Nè in questo caso è necessario che il documento fosse ritenuto dalla parte.— (*Corte di cassaz. di Parigi*; *decisione su di una causa messa a rapporto nel* 19 *feb. anno* 1819, *Ann. di Laporte*, 1824, *vol.* 2, *pag.* 175).

(*) La quistione in questo luogo dall' A. proposta, e che dice aver dato luogo a molta diver-

Noi crediamo quest' opinione uniforme all' art. 1363 † 1317 del Codice civile, il quale dichiara che dopo prestato il giuramento deferito o referito, l'avversario non è ammesso a provarne la falsità ; espressioni generali le quali suppongono ch' egli non lo può, quando anche avesse prove convincenti di spergiuro , perciocchè nel deferire il giuramento, egli ha contratto l' impegno di rinunziare a quanto pretendeva , nel caso che fusse prestato ; egli ha rinunziato a far uso delle prove che potrebbe avere,e di quelle che potesse in seguito acquistare. Si è voluto d' altronde prevenire gli effetti della malignità di colui il quale esporrebbe il suo avversario ad uno spergiuro , essendo certo di provarlo. Ma non è così per rispetto ad un giuramento deferito d' uficio , e per conseguenza indipendente dalla volontà della parte (1).

Noi termineremo osservando che i giudici debbono essere attenti a restringere , in un quadro tanto breve per quanto la giustizia possa permetterlo, gli atti che caratterizzano il dolo personale ; diversamente non vi sarebbe quasi alcuna causa in cui non si potesse ricorrere per ritrattazione, ed allora la cosa giudicata perderebbe tutta la sua autorità.

SECONDO MEZZO (2).

1743. *Avvi luogo non solo al ricorso per ritrattazione, ma a quello benanche per annullamento, per violazione di formole prescritte sotto pena di nullità?*

Se si decidesse siffatta quistione per l' affermativa, senza fare alcuna distinzione , caderebbesi in contraddizione con la soluzione data nella precedente quistione 1741 , dove abbiamo stabilito che il ricorso per ritrattazione esclude quello per cassazione, nel senso, cioè , che quando avvi un mezzo di ricorso per ritrattazione, non può adoperarsi per cassazione, e dimanderebbesi per qual ragione il legislatore, nei casi di contravvenzione alle leggi risguardanti le formalità della procedura, abbia nel tempo stesso stabilito tanto un motivo di annullamento quanto un motivo di ricorso per ritrattazione.

Ma la Corte di cassazione , con un' arresto del 16 luglio 1809 (*Sirey, tom.* 14, *pag.* 160) ha ritenuto una distinzione la quale concilia i principî e giustifica la legge.

Secondo quest' arresto , non vi ha luogo a ricorso per ritrattazione, uniformemente al §. 2. dell' art. 480, se non quando dai giudici , la cui decisione vuolsi impugnare , siasi mancato di giudicare sul motivo di nullità. Ma se questo motivo di nullità fosse stato proposto e giudicato , prima della sentenza , non si può supporre che il legislatore avesse inteso potersi riprodurre siffatto motivo,onde dar adito al ricorso per ritrattazione contro la stessa sentenza che l' ha rigettato: egli è adunque in questo caso , che tale sentenza può essere impugnata col ricorso per annullamento sul motivo di non essersi accolta l' eccezione di nullità , se dessa fosse fondata. —(*Ved. Berriat Saint-Prix, p.* 478 *nota* 32, *n.* 2.)

Del resto, bisogna distinguere la violazione delle formalità dalla violazione delle leggi che regolano i dritti delle parti sott'ogni altro rapporto. Per esempio , dice Berriat Saint-Prix pag. 453, not. 21 , la violazione delle regola dei due gradi di giurisdizione è un mezzo di cassazione, ma non dà luogo al ricorso per ritrattazione. Egli cita a tal riguardo, un' arresto della Corte di cassazione del 10 brumaio anno 14, che trovasi sotto la data del 20 nella tavola di Bergognié, t. 2, p. 480 [*a*].

1744. *Compete il ricorso per ritrattazione*

genza di opinioni in Francia , non può presso di noi verificarsi , poichè secondo le leggi del nostro regno la prova dello spergiuro non è ammessa.

(1) Vi è dolo personale nel senso dell' art. 486 † 549 e per conseguenza motivo di ricorso per ritrattazione , quanto una parte ha ottenuta una decisione per aver negato fatti decisivi che essa sapea esser veri , e che , ciò non ostante , negava per mala fede , come risulta dalle sue proprie scritture novellamente scoverte. (*Colmar* , 18 *maggio* 1820 ; *Sirey* , *tom.* 20 , *pag.* 264).

(2) Vedi l' art. 480 , §. 2.

[(a) Sembra che la Corte di Brusselles siasi allontanata da questa dottrina , avendo deciso che quando la violazione delle prescritte formalità è di natura tale da costituire una nullità assoluta o di ordine pubblico , potevasi allora indifferentementa far uso sì del ricorso per annullamento che di quello per ritrattazione:epperò entrambi questi due modi di reclamo erano autorizzati. (12 *gen.* 1818 ; *Giurisprudenza delle corte di Brusselles* , *anno* 1818 , *vol.* 1 . *pag.* 31)].

[(Vedi le decisioni contrarie (*Denevers* , 1808 ; *part.* 2 , *pag.* 73 ; 1809 *part.* 2. *pag.* 136 ; 1810 *part.* 2, *pag.* 267.)]

contro le sentenze arbitramentali, per la causa enunciata nell' art. 480, §. 2 ?

Che no, ove le parti hanno dispensato gli arbitri di seguire le formalità ordinarie, siccome sono esse autorizzate dall' art. 1027 ǂ 1103, §.1, combinato coll' art. 1029 ǂ 1105. —(*V. sull' eccezione riportata nel presente paragrafo, per rispetto alle nullità che fossero state sanate, le nostre quistioni sott' il titolo dell' eccezioni t. 2, p. 4 e seg.*)

TERZO MEZZO (1).

1745. ***Quali sono, in generale, i casi in cui potrebbesi dire che il giudice avesse pronunziato sopra cose non dimandate?***

Noi citeremo, fra gli altri, gli esempi seguenti i quali potranno bastare per far stabilire il principio:

Primamente, se si aggiudica il prezzo in vece della cosa dimandata; secondariamente, il mantenimento nel possesso in luogo della reintegrazione, e viceversa (*ved. Bornier e Rodier, sull' art.* 34); in terzo luogo, degli interessi, allorchè si è dimandato soltanto la sorta principale (*ved. Pigeau, tom.* 1, *pag* 604); in quarto luogo, se si condannasse nel suo proprio e privato nome, colui il quale fosse stato citato nella qualità soltanto di tutore, o se si condannasse, come erede puro e semplice colui il quale non avesse agito se non nella qualità di erede beneficiato. (*ved. Jousse e Serpillon sull' art.* 34.) In effetti in quest' ultimo caso, come osserva Pothier, cap. 3, sez. 3, §. 2, la dimanda non essendo avvanzata contro una di queste parti nel privato nome, contro l' altra nella qualità di erede beneficiato, la sentenza pronunziata contro di esse viene pronunziata sulla cosa non dimandata.

QUARTO MEZZO (2).

1746. ***Quali sono, in generale, i casi in cui potrebbesi dire che il giudice abbia concesso più di quello ch' erasi dimandato?***

Siffatto mezzo di ricorso per ritrattazione, che accorda l' art. 480, §. 4, rientra in quello il quale forma l' oggetto delle quistioni precedenti; desso è l' *ultra petita* dei Romani, che la legge ordina fra le cause di ricorso per ritrattazione, perciocchè essa non ha dato competenza al magistrato che per rispetto alla quistione che gli è sottomessa; in modo che le conclusioni delle parti, secondo le espressioni del celebre avvocato Patru, 10. *aringa*, costituiscono i due estremi che limitano il potere del giudice, i di cui confini egli non può legittimamente sorpassare. *Sententia debet esse conformis libello, et potestas judicis ultra id, quod in judicium deductum est, nequoquam potest excedere.* — (*Leg.* 18, *ff. de communi dividundo.*)

Le parole dell' ennunciato paragrafo sono molto chiare, perchè sia necessario ripetere i numerosi esempi d'*ultra petita* che trovansi negli autori. Non può menomamente dubitarsi, fra gli altri casi, che accordare la proprietà ad una parte la quale dimanda l' usufrutto; tutte le spese, allorchè non si è appellato della sentenza la quale ne aggiudica una parte; gli alimenti oltre il termine della dimanda; l'arresto personale, allorchè la parte interessata non vi ha conchiuso, vale lo stesso che eccedere i limiti della dimanda, e dar materia al ricorso per ritrattazione. Ma importa sopratutto di segnare i casi in cui non avvi luogo a ricorso per ritrattazione di sentenza per siffatta causa.

Rispetto a ciò noi osserveremo, che una sentenza interlocutoria o preparatoria, pronunziata d' uficio, non può fornire nè il motivo dell' *ultra petita*, nè quello esposto dal § seguente, allorchè siffatta sentenza non ha per oggetto se non di raggiungere la verità per mezzo di una pruova da essa ordinata, o di provvedere alla sicurezza dell' oggetto contenzioso col mezzo di un deposito, di un sequestro ec.

» Al contrario, dice Pigeau, tom. 1, pag. 605, se la sentenza accorda ad una delle parti un vantaggio sull'altra che questa non aveva dimandato; se, per esempio, le accorda delle misure provvisionali; degli alimenti non dimandati, avvi luogo a ricorso per ritrattazione, perciocchè alimenti o misure provvisionali sono un vantaggio tutto particolare per colui che li ha ottenuti, e non tornano a profitto della causa e della verità, come sono le sentenze d' istruzione, di deposito e di sequestro. »

Noi non possiamo non ametttere siffatta opinione, alla quale d' altronde la pratica è stata

(1) Vedi l' art. 480, §. 3.
Secondo la disposizione dell' art. 1017 è ben evidente che la causa menzionata nell' art. 480 non darebbe luogo a ricorso per ritrattazione contro una sentenza di arbitri.
(2) Vedi l' art. 480, §. 4.

sempre uniforme. Ma Serpillon, sull' art. 34 del tit. 35 dell' ordinanza, dice che se una parte dimanda qualche cosa definitivamente, e che il tribunale, senz'altra dimanda gliel' aggiudica provvisionalmente, non si può dire che siavi l'*ultra petita*, poichè la dimanda, la quale era definitiva, è stata ristretta al provvisionale (1).

1747. *Compete soltanto il ricorso per ritrattazione, allorchè, per la stessa disposizione la quale pronunzia l'ULTRA PETITA, i giudici hanno violata la legge o ecceduto i loro poteri?*

Con arresto del 12 giugno 1810, riportato dal Sirey, tom. 10, pag. 293, la Corte di cassazione decise che una condanna *ultra petita*, cessa di essere un mezzo esclusivo di ricorso per ritrattazione, ed addiviene un motivo per annullamento nel caso in cui la legge opponevasi alla condanna, anche quando si fosse richiesto nelle conclusioni (2).

QUINTO MEZZO (3).

1748. *Allorchè il giudice pronunzia soltanto su di un capo, aggiungendo, O CHE EGLI METTE LE PARTI FUORI CAUSA SULLE ALTRE LORO CONCLUSIONI, O CHE DICHIARI NON ESSERVI LUOGO A DELIBERARE SULLE ALTRE LORO DIMANDE, può nulladimeno una parte prevalersi del ricorso per ritrattazione, per essersi omesso di pronunziare su questi medesimi capi?*

Pigeau, tom. 1, pag. 605, e gli autori del Pratico, tom. 3, p. 297, dicono che in questo caso non si può pretendere che siavi omissione, e per conseguenza, non si dà luogo a ricorso per ritrattazione, perciocchè tutt' i capi di domanda sono compresi nella sentenza per mezzo di quella disposizione generale. Tal'era benanche la opinione di Rodier, sull' art. 34 dell' ordinanza, § 5, e quella di Duparc-Poullain, tom. 10, pag. 959. Ma Serpillon sullo stesso articolo è d'avviso contrario, senza dubbio perchè egli ha pensato che si avesse potuto immaginare siffatta clausola generale ad oggetto di salvare l' omissione e di eludere la legge. È questo il motivo che sembra aver determinato Demiau Crouzilhac, pag. 342, a decidere che un tal modo di giudicare per mettere fuori causa, su molti capi ad un tempo i quali non fossero segnatamente espressi, non potrebbe escludere il ricorso per ritrattazione, se non quando si trovassero nel punto di dritto della sentenza delle ragioni relative a ciascuno di questi capi in particolare.

Ma se si considera da una parte che la *dispositiva* del giudice è indipendente dal ragionamento, e che un tribunale dichiarando nel dispositivo della sentenza, che non vi ha luogo a deliberare su capi di domanda per rispetto ai quali non dà alcuna decisione particolare, fa conoscere che se ne è occupato; e se da un' altra parte riflettesi che si fa al magistrato una ingiuria gratuita, supponendo ch' egli dichiari di mettere le parti fuori causa su questi motivi

(1) Relativamente alle sentenze le quali accordano una dimanda provvisionale Pigeau sembra di sentimento opposto a quello di Serpillon.

(2) Per far comprendere questa decisione, noi crediamo dover ricordare che trattavasi nella specie, di una condanna ad interessi moratorî pronunziata contro l' amministrazione del registro, senza che dalla parte vincitrice si fosse chiesto nelle sue conclusioni. Or questa sosteneva innanzi alla corte che il ricorso per annullamento prodotto dall' amministrazione del registro non era ammissibile perchè eravi luogo a ricorso per ritrattazione uniformemente all' art. 480 † 544, § 4. Ma l' avvocato generale Daniels, sulle conclusioni del quale fu pronunziata la citata decisione osservò che l' amministrazione non si querela di un semplice *ultra petita*, ma bensì di essere stata condannata ad un pagamento d' interessi che nessuna legge autorizzava a pronunziare in materia di dazî indiretti: vale a dire, si querelava che la disposizione che la condannava à quel pagamento era contraria alla legge, o presentava un abuso di potere. E per tali motivi appunto quel magistrato opinava esservi luogo ad annullamento del pari che a ricorso per ritrattazione, allorchè, come nella specie, i giudici pronunziando su cose non dimandate, violarono qualche legge, o eccederono nelle loro facoltà.

Ma in tutti gli altri casi, potrebbe mai dirsi che il ricorso per ritrattazione competa contro una sentenza pronunziata in materia di registro, allorchè la legge del 22 glaciale anno 7, art. 65, dispone che in queste materie le sentenze saranno inappellabili, e non potranno impugnarsi che col ricorso per annullamento? Tale quistione fu giudicata affermativamente, perchè il ricorso per ritrattazione compete contro ogni specie di sentenza. (*Vedi le decisioni della corte di cassaz. de' 3 glaciale, anno 9, 5 brumaio, anno 11, 30 agosto 1809 e 14 maggio 1811; Denevers 1810, pag. 324, e 1811, pag. 272, — Vedi pure la nota di questo collettore 1810, pag. 267; vedi inoltre Sirey, tom. 1, parte 2, pag. 877, e tom. 11, parte 2. pag. 526*).

(3) Vedi art. 480, §. 5.

a solo oggetto di sottrarre la sua sentenza dal ricorso per ritrattazione, si riconoscerebbe forse, con noi, che l'opinione di Rodier, di Duparc-Poullain, di Pigeau, e degli autori del Pratico, debb' essere seguita.

Del resto, si comprenderà che ad oggetto di prevenire ogni contestazione su tal riguardo, i giudici agiranno prudentemente particolarizzando, nel dispositivo della sentenza, i diversi capi di dimanda su i quali essi credessero dover mettere le parti fuori causa.

1749. *Il silenzio della sentenza sulle conclusioni tendenti ad ammettere una pruova, costituisce forse un' omissione di pronunziare su qualche capo della dimanda ?*

Che no, dice Serpillon, *ubi supra*, perciocchè queste conclusioni sono un mezzo e non una dimanda. Egli cita in favore della sua opinione una decisione del Parlamento di Dijon del 18 maggio 1694.

Noi siamo di questo avviso, atteso che l'art. 480 del Codice, in tutto simile in questo punto all' art. 34 dell' ordinanza, non da dritto al ricorso per ritrattazione se non nel caso in cui *è stato omesso di pronunziare sopra uno dei capi della dimanda*. Or queste parole, capi *della dimanda*, sembrano esprimere unicamente i diversi punti o oggetti delle contestazioni delle parti, e non già le loro conclusioni affin di giustificare le pretese rispettive relativamente a siffatti capi: e ciò appunto esprime la massima *sententia debet esse conformis* LIBELLO.

1750. *Se giudicando definitivamente sopra taluni capi, i giudici ordinassero un' interlocutoria sugli altri, potrebbe dirsi forse d'esservi omissione ?*

Che no, perciocchè è in facoltà del giudice decidere sia preparatoriamente, sia definitivamente ; or egli può essere insufficientemente istruito in taluni casi, e non esserlo affatto sugli altri : può dunque decidere definitivamente sopra i primi, e preparatoriamente su i secondi. — (*Ved. Pigeau*, *tom.* 1, *pag.* 605.)

SESTO MEZZO (1).

1751. *Per esservi luogo al ricorso per ritrattazione, è necessario che tutte le condizioni enunciate nel* §. 6. *trovansi riunite ?*

Leggendo il testo della legge, non si può dubitare che tutte siffatte condizioni debbano oggidì concorrere insieme, come lo dovevano sotto l' impero dell' ordinanza. — (*Ved. Rodier*, *ubi supra* §. 6.)

1752. *Basta per aver dritto al ricorso per ritrattazione, che le sentenze contrarie sieno state* PRONUNZIATE FRA LE STESSE PARTI *?*

Allorchè la legge dice *fra le stesse parti*, intende che abbiano agito colle *medesime qualità*. Laonde, per esempio, il ricorso per ritrattazione non sarebbe ammissibile se una delle sentenze contrarie fosse stata pronunziata contro una persona nella qualità di tutore, e l' altra contro di essa personalmente o a suo individuale profitto. (*Ved. Rodier, ubi supra, e Pigeau*, tom. 1, *pag.* 609.)

1753. *Qual cosa vi bisogna per potersi dire che le sentenze le quali racchiudono contrarietà, sono state pronunziate* SOPRA I MEDESIMI MOTIVI *?*

Quasi tutti i Commentatori hanno spiegato le parole, *i medesimi motivi*, nel senso cioè che le sentenze debbono essere pronunziate sullo stess' oggetto, su' medesimi atti, le stesse ragioni, le medesime eccezioni, le stesse pruove : *idem jus*, *eademque causa petendi*. (*Ved. Pigeau e Rodier ubi supra.*) Ma Berriat Saint-Prix, pag: 455, not. 28, osserva che Cochin spiega meglio siffatte espressioni, dicendo, nel suo terzo consulto, ch' è necessario che le sentenze sieno state pronunziate sullo stesso stato della causa, val dire che dopo la prima di esse, niuna cosa fosse sopraggiunta che avesse potuto dar luogo ad una decisione contraria. Ed in effetti, come osserva Merlin, il quale adotta la medesima dottrina (*ved. quist. di dritto alla parola*, contrarietà, *tom.* 1. *pag.* 588), secondo Tolosan, se la contestazione avesse cambiato d' aspetto . . . se si fossero trattate quistioni novelle, non vi sarebbe affatto contrarietà fra disposizioni relative a dimande tutte diverse — (*Ved. Prat. franc. tom.* 3, *p.* 297 — 299.)

1754. *Debbonsi considerare come emanate da diversi tribunali le sentenze pronunziate da due camere dello stesso tribunale, in modo che in tal circostanza chiudesi l'adito al ricorso per ritrattazione ?*

Il testo del Codice, dicono gli autori del Pratico, tom. 3. pag. 390, permette il ricorso per ritrattazione, quando le due decisioni emanano *da una medesima corte o da un me-*

(1) Vedi art. 480, §. 6.

desimo tribunale. Intanto essi ritengono due camere dello stesso tribunale come due tribunali diversi, e decidono che in questo caso devesi produrre ricorso per cassazione, come nella specie preveduta dall' art. 504 + 568.

Sotto l' antico regime, siffatta opinione, per rispetto alle decisioni emanate da corti superiori, per esempio di un parlamento, era ritenuta da molti scrittori, (*ved. Ferrieres e Denisart, alla parola* contrarietà); ma Rodier, *ubi supra*, e Duparc-Poullain, tom. 10, pag. 959, erano di contrario avviso. Entrambi attestano di aver visto più di un' esempio di ricorso per ritrattazione prodotto per contrarietà di decisioni, l' una pronunziata dalla gran camera del parlamento, e l' altra da quella dei ricorsi.

Noi crediamo, com' essi, che siffatta finzione, per mezzo della quale consideransi le diverse camere di un parlamento come componenti nna sola Corte, non potrebbe reggere contro il testo preciso della legge, essendovi una ragione decisiva, cioè che se qualche cosa potesse autorizzare l' opinione di Ferrieres e Denisart, sarebbe soltanto la differenza delle attribuzioni accordate anticamente a ciascuna camera di nna Corte superiore; il che non ha più luogo nell' attuale organizzazione giudiziaria. Del resto, noi non dobbiamo servirci di *finzioni* per spiegare il senso della legge: essa dispone e non finge, e quì la sua disposizione formale ci dice che la contrarietà delle sentenze fra due sezioni o camere di nno stesso tribunale o di una stessa corte, può dar luogo a ricorso per ritrattazione. — (*Ved. il novel. Repert. alla parola*, ricorso per ritrattazione, §. 11)

1755. *Può prodursi ricorso per ritrattazione per contrarietà di due sentenze, dopo il termine fissato dalla legge?*

Lo si potrebbe, secondo Ferrieres, *ubi supra*, per la ragione, egli dice, che la contrarietà delle sentenze non si conosce se non dall' uso che se ne fa. Rodier combatte quest' opinione in un modo vittorioso, e come lui, noi diremo ch' essa racchinderebbe oggidì un errore, perciocchè mirerebbe a fare una distinzione non stabilita affatto dall' art. 483, e che d' altronde la contrarietà delle sentenze si conosce tanto dalla loro disposizione, quanto dalla loro esecuzione.

1756. *Nel caso in cui, su di una sentenza pronunziata in ultim' istanza, i giudici emettessero nella causa un' altra sentenza che cambiasse le disposizioni della prima, sarebbevi forse in questo caso una contrarietà che desse luogo al ricorso per ritrattazione?*

Che no; ma l' ultima soltanto di queste sentenze sarebbe soggetta al ricorso per cassazione, come quella che ha violato l' autorità della cosa giudicata, cambiando la disposizione della prima sentenza. — (*Ved. arresto della corte di cassazione, del* 13 *germ. anno* 6, *Tavola di Bergognié*, *t.* 1, *pag.* 435.)

SETTIMO MEZZO (1).

1757. *Qual cosa richiedesi, perchè in una stessa sentenza siavi una contrarietà che desse luogo a ricorso per ritrattazione?*

Avvi contrarietà fra le disposizioni di una stessa sentenza, allorchè queste sono talmente inconciliabili che non possono simultaneamente eseguirsi. Ma siccome il ragionamento della sentenza non racchiude disposizioni; perciò la contrarietà del dispositivo, e non del ragionamento dà adito al ricorso per ritrattazione. — (*Cassaz.*, 4 *germ. anno* 13, *novello Repert. alla parola* contraddizione (sentenza,) *tom.* 5, *pag.* 48.)

OTTAVO MEZZO (2).

1758. *Potrebbesi produrre ricorso per annullamento contro di una sentenza pronunziata senza comunicarsi le carte al ministero pubblico?*

No, ma soltanto il ricorso per ritrattazione. — (*Cassaz.* 26 *aprile* 1808, *e* 22 *marzo* 1809, *Sirey*, *tom.* 8, *pag.* 238 *e* 1809, *pag.* 203) (*).

(1) Vedi art. 480, §. 7.
(2) Vedi art. 480, §. 8.
(*) Giova quì avvertire con Lepage (*Quest.* 3 *p.* 1, *lib.* 2, *tit.* 2, *art.* 1.) che la mancanza di comunicazione al ministero pubblico per le cause di falsità, di competenza ec. ec. non dà motivo al ricorso civile, ma soltanto al ricorso in cassazione. La comunicazione per incompetenza o falsità è prescritta nel favore della materia (*ratione materie*) dall' art. 177 del codice di procedura, mentre la comunicazione nel soggetto caso per dar adito al ricorso civile riflette l' interesse della persona (*ratione personae*) secondo che si scorge dal citato art. 177. Il ministero publlico sebbene sia il protettore delle persone per le quali si fa la comunicazione,

NONO MEZZO (1).

1759. ***Qual cosa richiedesi per ammettersi il ricorso per ritrattazione contro una sentenza pronunziata sopra documenti riconosciuti o dichiarati falsi dopo la sua pronunziazione?***

Queste parole del § 9, *se si è giudicato sopra documenti riconosciuti o dichiarati falsi dopo la sentenza*, esprimono, come l'avevano stabilito i commentatori dell' ordinanza, sull' art. 12 del tit. 34, che non basta aver fatto uso nel corso del giudizio, di documenti riconosciuti o dichiarati falsi, ma ch' è necessario oltre la pruova del falso, somministrare ancor quella che questi documenti siano serviti di base alla sentenza. Può darsi infatti che altri documenti prodotti provino il giudicato.

Osserviamo ancora che queste medesime parole, *se si è giudicato sopra documenti ec*, escludono ogni idea che il legislatore abbia inteso parlare della stessa sentenza contro della quale fosse diretto il ricorso per ritrattazione: epperò soltanto la falsità dei documenti, e non già quella della sentenza può dar dritto al ricorso per ritrattazione — (*Cassaz.* 11 *vent. anno* 11, *Sirey*, tom. 3 pag. 257) (*).

1760. ***Potrebbesi forse sostenere, innanzi la Corte Suprema, che i documenti falsi, sui quali si è prodotto ricorso per ritrattazione, non influiscono affatto nel merito, e far risultare da questa circostanza un mezzo di cassazione contro una DECISIONE che ha ammesso il ricorso per ritrattazione?***

Che no, perciocchè spetta al giudice che pronunzia sul ricorso per ritrattazione decidere di quale influenza ha potuto essere il documento falso sulla sentenza impugnata. — *Cassaz.*, 22 *piov. anno* 9, *Sirey*, *t.* 16, *pag.* 200.)

DECIMO MEZZO (2).

1761. ***È forse necessario il concorso di tutte le condizioni enunciate nel § 10 per darsi luogo al ricorso per ritrattazione di sentenza?***

Che si; il concorso di tutte siffatte condizioni è assolutamente necessario. — (*Ved. Rodier sull' art.* 34, §. 11, *e cassazione* 17 *piovoso anno* 12, *Tavola di Bergognié*, *tom.* 2, *pag.* 478) [a].

1761. ***Se il documento non prodotto e ricuperato non avesse avuto alcuna influenza sul merito, sarebbe ammissibile il ricorso per ritrattazione?***

La negativa risulta dal motivo che il §. 10 esige che il documento fosse *decisivo*. Bisogna, dice Pigeau, che il documento sia decisivo, e per conoscere se lo è, si esaminerà il merito della causa. Se risulta da siffatto esame che la causa sarebbesi perduta, anche quando la parte avesse prodotto più presto il documento, non si avrà il dritto di produrre ricorso per ritrattazione. Tal' è benanche la spiegazione

può però concludere contro di esse, quando la legge lo esige, poichè egli à il sostenitore della legge a della verità. (*Vedi la Pag. ubi supra.*

(1) Vedi art. 480, §. 9, le nostra quistioni sull' art. 448, e Pigeau, tom. 1, pag. 607 e 608.

(*) Il documento che da luogo al ricorso civile debb' essere riconosciuto o dichiarato falso con una sentenza anteriore al detto ricorso? si potrà decidere contemporaneamente sulla falsità del documento che ha servito di base alla sentenza impugnata a sul merito del ricorso? La corte di Parigi, lo giugno 1823, decise che la legge non richiedeva una sentenza precedente, a che la falsità di un documento poteva esser dichiarata con la stessa sentenza che decideva sul ricorso par ritrattazione.

Volendosi, dopo determinata la lite, proporre il falso civile, cha si esperimenta per eccezione, è chiaro che non possa farsi altrimenti che nal giudizio di ritrattazione, innestando il ricorso civile colla querela di falsità de' titoli che han servito di base al giudicato che si vuole impugnare. Ove così si faccia è chiaro non esser necessario di far precedere una sentenza che dichiara la falsità del titolo, per far poi pronunziare l' ammissibilità del ricorso civile in altro giudizio. Può bene il tribunale riunire in unico esame ed in unica sentenza il giudizio sul *falso* e sul *rescindente*, dichiarando cioè falsi o veri i titoli impugnati e quindi ammettendo o rigettando il ricorso, col confirmare o rivocare la sentenza.

Non così se si prescelga di proporre il falso in via di azione. Il falso costituisce un reato, quindi l' azione per esso deve porsi di necessità in via penale. Così facendo non può cumularsi il *falso* col *rescindente*; ma bisogna di necessità far precedere il giudicato sul falso, e quindi agire pel *rescindente*.

Incumbe alla parte che si vale del ricorso civile, non solo di provare che i documenti siano falsi, ma che la sentenza sia fondata unicamente su di essi. (*L.* 3. *Cod.*, *si ex falsis ec. Commaille, Proced. tom.* 2, *n.* 38).

(2) Vedi art. 480, §. 10.

[(a) Vedi l' arresto riportato alla quistione 1372 nota a].

da tutti gli scrittori data al presente paragrafo, ed in questo modo esprimonsi i comentatori dell'ordinanza del 1667 sull'art. 34 del titolo 35.

Nulladimeno potrebbesi conchiudere da una decisione del parlamento di Grenoble, del 12 luglio 1779, riportata nel novello Repertorio, alla parola *ricorso per ritrattazione* §. 1, tom. 11, pag. 287, che anche quando il documento non prodotto e ricuperato debba far pronunziare in definitivo una sentenza simile alla prima, in quanto ai suoi risultamenti, è sempre necessario che quest'ultima sia ritrattata. Trattavasi nella specie di questa decisione, di un secondo testamento scoverto dopo la sentenza. Siffatto testamento, secondo le regole di dritto, rivocava il precedente testamento; ma dava lo stesso risultamento, dappoichè istituiva lo stesso erede.

Merlin non fa alcuna osservazione su questa decisione; la quale secondo le deduzioni delle parti sembraci aver giudicato in quel modo, 1.° perchè la sentenza pronunziata sul primo testamento doveva essere ritrattata come quella che ordinava l'esecuzione di quest'atto, che il secondo aveva annullato; 2 perchè era inutile esaminare nel *rescindente* ciò che conteneva questo secondo testamento, poichè da una banda, la parte avversa non aveva ancora intentata l'azione che poteva nascere, e dall'altra, l'ordinanza proibiva di cumulare il *rescindente col rescissorio*.

Per siffatta ragione Berriat Saint-Prix, pag. 457, not. 34, stabilisce come una regola generale, che comunque il documento non prodotto e ricuperato debba nel definitivo far pronunziare una sentenza simile alla prima, per rispetto ai suoi risultamenti, è sempre necessario che quest'ultima si ritratti. In tal modo adunque, le parole *documenti decisivi* sembrerebbero riferirsi al rescindente e non al rescissorio, val dire basterebbe esibire un documento che non fosse stato prodotto all'epoca della sentenza, per ammettersi il ricorso per ritrattazione, anche quando siffatto documento non potesse, nel definitivo, avere alcuna influenza sul rescissorio, ossia sul merito.

Noi siamo lontani dal credere doversi dedurre dalla riportata decisione una somigliante conseguenza, contro il principio che l'ammissibilità del ricorso per ritrattazione è subordinata alla circostanza che il documento sia di natura tale da influire essenzialmente sul merito, salvo a giudicare in seguito il merito ed i risultamenti di questa influenza, decidendo sul rescissorio. Di fatti, un secondo testamento, sia o pur no uniforme al primo, è tale da influire sulla prima sentenza, epperò deve considerarsi come documento decisivo, salvo ad esaminare in merito qual debb'essere la sua influenza. Ma senza fermarsi a provare siffatta proposizione, basta considerare che la decisione fu pronunziata sotto l'impero dell'ordinanza, la quale voleva, come dice il tribuno Albison (*v. ediz. di Didot*, *p.* 175) che si discutesse soltanto l'ammissibilità del ricorso per ritrattazione e le risposte del convenuto, senz'entrare nella difesa del merito. « Or, aggiunge quest'oratore, come discutere il motivo dedotto *dallo scovrimento di un documento decisivo*? Come stabilire che lo stato, i comuni, gli stabilimenti pubblici o i minori, non sieno stati *validamente* difesi? (*Vedi art.* 481 + 545.) In qual modo possonsi discutere siffatte deduzioni, senz'entrare nella conoscenza del merito? Siffatta disposizione, impossibile ad eseguirsi, almeno in questi due casi, fu tolta dal novello progetto del Codice, perciocchè una legge la cui esecuzione è qualche volta impossibile, non può essere una buona legge. Siffatta spiegazione tronca ogni difficoltà sulla quistione che abbiamo risoluta.

1763. *Puossi produrre il ricorso per ritrattazione sul motivo di non essersi prodotti alcuni documenti dalla parte avversa, qualora all'epoca della sentenza sonosi trascurati tutt'i mezzi possibili per ottenerne l'esibizione?*

Rodier, sull'art. 34, § 11, osserva che se i documenti che si credevano decisivi fussero tuttavia fra le mani dell'avversario, non si potrebbe, anche provandolo, obbligare costui ad esibirli per dar luogo al ricorso per ritrattazione contro di lui, purchè però, aggiung'egli, non si provasse ch'egli l'avesse rubati o fraudolentemente nascosti, perciocchè in questo caso per parte sua sarebbevi dolo personale. Questo commentatore fondasi sul principio del dritto romano, *intentionis vestrae proprias debetis adferre probationes, non ab adversariis adduci*. — (*Legge* 7 *Codice de testibus*, *e legge* 22 *Codice de fide instrumentarum. Vedi Prat. francese*, *t.* 3, *pag.* 303.)

Noi crediamo esatta siffatta decisione, ma per lo caso soltanto in cui non si trattasse di

documenti comuni ad entrambe le parti, e di cui si ha dritto esigere la separazione, ovvero, in caso di rifiuto, trarre le sue induzioni, provando che il documento è in possesso dell'avversario. — (*V. Quist.* 788, *t.* 1, *p.* 282.)

Ma bisogna osservare che potrebbesi fondare il ricorso per ritrattazione sulla circostanza che i documenti trovavansi fra le mani della parte avversa all'epoca che fu pronunziata la sentenza, qualora vi fosse stato il modo di farli esibire, e si è omesso di adoperarlo. Ciò appunto risulta da una decisone della corte di Parigi del 28 novembre 1810, la quale rigettò un ricorso per ritrattazione stabilito sul motivo che i documenti pretesi decisivi trovavansi fra le mani della parte avversa, *socia* di quella che produceva il ricorso. La Corte in siffatta circostanza, considerò, 1. che non potevansi risguardare i documenti in quistione come non prodotti per fatto della parte avversa; che per loro natura erano *comuni* ed appartenevano all'intiera società, sebbene fussero abitualmente fra le mani della parte avversa e confidati alla sua custodia; 2. che potevano essere *reclamati* e consultati in ogni istante da tutt'i soci i quali avevano dritto ed interesse di farseli esibire e di farvi le più minute ricerche; 3. che niuna giustificazione eravi nel processo che l'attore per la ritrattazione, all'epoca della lite nella quale erasi pronunziata la sentenza da lui impugnata, avesse inutilmente richiesta una comunicazione di siffatti documenti, nè che avesse fatto a tal riguardo qualche tentativo per vincere la resistenza del suo avversario. — (*Vedi Giornale dei patrocinatori*, *tom.* 3, *pag.* 83.) (1)

(1) Noi aggiungeremo che con decisione del 28 fiorile anno 12 (*vedi la giurisprudenza delle corti supreme*, *tom.* 5, *pag.* 140, venne giudicato che, nel caso in cui i documenti su' quali era fondato il ricorso per ritrattazione, non erano stati ritenuti dalla parte avversa, ma al contrario depositati in pubblici registri, il ricorso per ritrattazione non era ammissibile, essendo in arbitrio dell'attore il farseli comunicare, senza che l'avversario avesse potuto opporsi.

Noi da ciò possiamo conchiudere che il ricorso per ritrattazione non è ammissibile, ogni qual volta prima della sentenza, la parte che vuol far uso di questo rimedio, abbia avuto modo di procurarsi la communicazione de' documenti, da cui essa trae argomento, e che pretende non aver potuto produrre per fatto della parte avversa.

1764. *Se il convenuto sul ricorso di ritrattazione, prodotto sopra documenti novellamente scoverti, pretende che fossero falsi, devesi forse, prima di pronunziare sull'ammissibilità del ricorso, cominciare dall' istruire e giudicare sul fatto?*

Fu ritenuta l' affermativa da una decisione del Parlamento di Tolosa del 12 luglio 1740, la cui specie è riportata da Rodier, sull' art. 34 del tit. 35, § 11; e noi crediamo doverci uniformare a siffatta decisione, secondo la massima *frustra probatur quod probatum non relevat*.

1765. *Si può produrre gravame, sia col ricorso per ritrattazione, sia con azione novella contro una sentenza la quale è stata pronunziata per non aver una parte prodotto taluni documenti?*

In altri termini e più generalmente: *La giurisprudenza la quale particolarmente in Bretagna autorizzava l' azione chiamata en* LIEF DI COMMINATOIRE, *vol dire un' azione che potevasi istituire con dimanda principale e per lo periodo di trent' anni, ad oggetto di far ritrattare una sentenza pronunziata nello stato in cui si trovava la causa, per aver mancato la parte di somministrare tale prova o tal documento, rimane forse abrogata dal Codice di procedura civile?*

Noi ci siamo energicamente pronunziati per l' abrogazione di siffatta giurisprudenza, tanto nella nostr' Analisi, n. 1613, quanto nel nostro Trattato e Qnistioni di procedura, n. 2516, ed il nostro collega Toullier, nel suo 10 volume, pag. 105, n. 121, ha completata la dimostrazione che noi ci siamo impegnati di fare a tal riguardo.

La Corte di Rennes, la quale d'altronde con un sentimento di equità lodevolissimo, aveva ammessa la dottrin' antica de' cennati ricorsi anche sotto l'impero del Codice, ha finalmente abbandonato siffatto sistema, e per consegnenza siamo dispensati d' entrare in tutti gli sviluppamenti che le nostre due prime opere contenevano su questo punto.

Diremo dunque, senz' entrare in alcuna discussione, che in Bretagna, una decisione del Parlamento della provincia, del 5 luglio 1740 riportata nel Giornale di questo Parlamento, tom. 3, cap. 50. pag. 250, aveva deciso che la sentenza la quale dichiara un individuo erede puro e semplice sol perchè erasi *mancato di presentare in giudizio i documenti* i quali stabilivano la qualità di erede beneficiato, non poteva essere riformata sulla produzione di

questi documenti in grado di appello, e che la sentenza dovev' essere confermata, salvo ad agire per la ritrattazione in quell' istessa giurisdizione in cui la sentenza era stata pronunziata.

Per effetto di questa prima decisione, si considerò come semplicemente comminatoria, senza poter acquistare l'autorità della cosa giudicata se non dopo trent' anni, ogni sentenza o decisione la quale pronunziava *nello stato in cui trovavasi la causa, per non essersi fatta tale prova o esibito tale documento;* espressioni le quali supponevano che se la pruova fosse fatta, il documento esibito, in una parola, che se la causa fosse stata giudicata in altre circostanze, diversa ne sarebbe stata la decisione; e per conseguenza ammettevasi un' azione *en lief de comminatoire*, il cui effetto era di ottenere novella sentenza, facendo la pruova o esibendo, i documenti che non eransi prodotti nell' epoca in cui fu emessa la prima decisione.

Noi dicevamo di non aver rinvenuto cosa alcuna nelle opere degli antichi autori, intorno a questa specie di azione; che Ferrieres, nel suo Dizionario di dritto e di pratica, alla parola *comminatoire* limitavasi a farci conoscere che quando una sentenza prescriveva che, in un dato tempo, una parte facesse tale operazione, diversamente sarebbe decaduta dai suoi dritti, siffatta decadenza riputavasi comminatoria, tranne se il giudice non vi avesse aggiunto: *In forza della presente sentenza e senza che siavi bisogno d'altro, la parte sarà decaduta ec.* ovvero che alla scadenza del termine si fosse ottenuta una sentenza che dichiarava, *che se non avesse la parte adempito a quanto prescriveva la precedente, rimaneva decaduta.* Ma quì non trattasi affatto di una sentenza comminatoria nel senso della giurisprudenza brettone, ma trattasi di una sentenza pronunziata sotto condizione, e che avverte la parte di quello che deve fare per prevenirne gli effetti; mentre che al contrario, la sentenza alla quale davasi in Bretagna la denominazione di *comminatoria*, non condannava salvo la condizione di fare tale operazione, ma per l' opposto, per aver mancata la parte di far quello che le incombeva.

Cio premesso, nè l'ordinanza, nè alcuno dei suoi commentatori, fa menzione di quest'azione *en lief de comminatoire*, specie di azione per ritrattazione, atteso che l' art. 1041 † T., del Codice di procedura abroga ogni legge, costumi ed *usi* relativi alla procedura; che finalmente niuna disposizione di questo Codice parla di sentenze comminatorie. Noi abbiamo sostenuto che non potevasene fare una classe a parte, sottoposta arbitrariamente a regole particolari.

Ci appoggiamo all'autorità del Merlin (*nuov. Repert. alla parola* ricorso per ritrattazione, §. I, *p.* 288). « Allorchè una sentenza, egli » dice, ha dichiarato nulla un' altra senten- » za, *per non aver la parte, la quale ne soste-* » *neva la validità, provato l' adempimento di* » *una formalità che prescriveva*, questa par- » te non può, offrendo la pruova dell' adem- » pimento di siffatta formalità, dimandare, » *con azione novella*, l'esecuzione dello stesso » atto; ma deve al contrario la sua dimanda » essere dichiarata inamissibile fino a che non » impugni la sentenza col ricorso per ritratta- » zione, sul fondamento che la pruova dell'a- » dempimento della formalità fosse stata im- » pedita per *fatto del suo avversorio.* »

In una parola, come il Codice di procedura non ammette altri rimedi per gravarsi delle sentenze se non quelli di cui ne ha dato le norme, val dire, l' appello, l'opposizione semplice ed i modi straordinari della opposizione del terzo e della presa a parte, così noi decidevamo che l'azione così detta *en lief comminatoire* era proscritta.

Ma la corte di Rennes, l'abbiam già detto, finì coll'adottare intieramente siffatta dottrina, a quale era quella dell'illustre cancelliere d'Aguesseau (*ved. la sua lettera, tom.* 12, *pag.* 32 *edizione di Pardessus*), com' è benanche quella di Toullier; epperò diremo che la sorte delle parti essendo fissata una volta da una decisione giudiziaria, devesi conchiudere che non rimane altra risorsa a colui ch' è rimaso succumbente se non quella dei rimedi che la legge nominatamente stabilisce. Diremo anzi che non potrebbesi farsi restituire in intero mercè l' azione in disamina contro di una sentenza pronunziata prima della pubblicazione del codice, atteso che prima di questo codice, come lo prova la lettera di d'Agnesseau, la giurisprudenza che accordava siffatt'azione era formalmente in opposizione coi principi del diritto comune.

Perciò, in primo luogo, non compete se non il ricorso per ritrattazione contro una sentenza pronunziata per aver la parte trascurato di pre-

sentare qualche documento, ed è necessario provare che il documento è stato occultato per fatto dell' avversario.

In secondo luogo, non si può, a norma delle circostanze, ricorrere se non a questo mezzo e a qualunque altro dalla legge indicato, allorchè la sentenza è stata pronunziata nello *stato in cui trovavasi la causa*, ossia *in quanto al* presente, tranne se questa sentenza non contenga formalmente che il giudice *riserbasi decidere quello che sarà di ragione, se lo stato della causa è ulteriormente cambiato dalla esibizione di un documento, o dalla giustificazione di un fatto suscettibile, di* MENARE AD UNA DIVERSA SOLUZIONE (1).

1766. *Puossi citare, nel giudizio di ricorso per ritrattazione, una persona la quale non fosse parte e non avesse alcun interesse nella sentenza impugnata?*

L'uso del ricorso per ritrattazione è un modo straordinario che la legge offre ad una parte, non per introdurre una dimanda o una azione novella, ma per ottenere a norma delle circostanze e per le cause da essa indicate, la ritrattazione delle sentenze contraddittorie pronunziate in ultim' istanza, dai tribunali di prim' istanza e d'appello, e delle sentenze contumaciali pronunziate benanche in ultim' istanza, e non soggette ad opposizione.

Siffatta definizione è precisa, ed è la conseguenza immediata, necessaria, indispensabile della riunione e della combinazione delle disposizioni diverse, le quali compongono il titolo 2. parte 1. lib. 4, del codice di procedura civile. Non potrebbesi dunque pretendere che un giudizio poggiato sul ricorso per ritrattazione possa legalmente complicarsi, come tutti gli altri, di azioni in garentia, di danni ed interessi, ricorso ec. ec.

In effetti, in materia di ricorso per ritrattazione, il giudice non pronunzia nè può pronunziare se non fra le parti le quali han figurato nelle decisioni e sentenze in ultim' istanza, di cui dimandasi la ritrattazione, poichè quelle sole persone le quali intervennero nella sentenza o nella decisione possono formare questa dimanda secondo l'art. 480 † 544 del codice.

(1) In questo caso appunto la sentenza prende il carattere di *provvisionale* mentre è *deffinitiva* quando il giudice non vi ha inserita questa clausola.

Che se d'altronde s' interpetrasse l'art. 492, bisognerebbe decidere che non si potrebbe essere ammesso a produrre il ricorso per ritrattazione contro gli aventi-causa della parte a pro della quale la decisione è stata pronunziata.

Ma l'opinione generale ed uniforme benanche dei commentatori, si è che si possa agire collo stesso rimedio contro gli aventi causa, e ciò in forza del principio che si possono esercitare contro di essi tutt' i dritti che potevano sperimentarsi contro i loro autori. — (*Ved. supra*, n. 1740.)

Aggiungono, primamente, che il giudice, in materia di ricorso per ritrattazione, deve da principio pronunziare soltanto sull'unica quistione di conoscere se le parti saranno rimesse nello stesso ed identico stato in cui ess' erano precedentemente alle decisioni impugnate. — (Art. 501 † 565 e 566).

In secondo luogo che le parti fra le quali si è pronunziata la sentenza ritrattata, debbono novellamente litigare nel merito della contestazione. (Art. 502 † T.).

Un terzo adunque mess' in causa nel giudizio del ricorso per ritrattazione, e che non è stato parte in alcuna delle decisioni di cui l'attore dimanda la ritrattazione, nè d' altronde è un' avente causa di alcuna di quelle le quali vi hanno figurato, non può essere validamente citato nel giudizio di cui versiamo.

ART. 481 † 545. *Lo stato, i comuni, i pubblici stabilimenti ed i minori, saranno pure ammessi a questo ricorso, nel caso che non siano stati difesi, o che non lo siano stati validamente.*

Ordin. del 1667, tit. 35, art. 35 e 36.

CCCXCIX. Il legislatore accorda quì un favore particolare a coloro i quali, non potendo personalmente agire, trovansi per forza della legge confidati all' altrui cura. Siffatto favore è stabilito sul timore che l' amministratore incaricato dei loro interessi non adempisca al suo mandato con lo zelo ed esattezza che impiegherebbe nei suoi propri affari, e non li compromettesse, trascurandone la difesa.

1767. *In generale, qual cosa devesi intendere con queste parole, s'* ESSI NON SIANO STATI DIFESI, O NON LO SIENO STATI VALIDAMENTI DIFESI ?

Non potrebbesi mettere in dubbio che l'art.

481, riproducendo le disposizioni dell' art. 35 dell' ordinanza, non dà una gran latitudine al ricorso per ritrattazione, sopratutto con queste espressioni, *s'essi non sono stati validamente difesi*; espressioni di cui erasi spesso abusato sotto l' impero di siffatta ordinanza, e di cui potrebbesi tuttavia abusare. Al certo sarebbe stato desiderabile che il Codice, come lo richiedevano le Corti di Aix e di Limoges, avesse chiaramente precisato i casi nei quali sarebbe applicabile l' art. 481 + 545. Ma si è trascurato di farlo, dal perchè si è trovato difficile assegnar regole precise a tal riguardo. Nulladimeno puossi in generale aver per guida, nella applicazione del presente articolo, una disposizione ch' era stata redatta per far parte dell' ordinanza, e nella quale erasi cercato di precisare i casi in cui ora sarebbe stato ammesso il ricorso per ritrattazione.

Da siffatta disposizione, riportata dal cancelliere di stato Bigot de Preamenen (*ved. Esposiz. dei motivi, ediz. di F. Didot, pag.* 147 *e* 148), risulta che i minori, i comuni, gli stabilimenti pubblici, reputansi di *non essere stati difesi*, allorchè vennero giudicati in contumacia, o dichiarati inamissibili, i loro reclami; reputansi poi di *non essere stati validamente difesi*, allorchè furono trascurate le principali difese del fatto e del dritto; ma è necessario però che apparisca che l' omissione di tali difese abbia dato luogo alla cosa giudicata, ovvero che sarebbesi diversamente giudicata, se le suddette parti fossero state difese, o se le difese fossero state completamente fatte.

Siffatto progetto dell' articolo, di cui ne abbiamo indicato le conseguenze, non fu messo per intero nell' ordinanza; ma come afferma l'oratore del Governo, è stato sempre riguardato come una spiegazione utile per guidare i giudici e prevenire gli abusi.) *Ved. Rodier e Jousse sull' art.* 35, 2. *quist.*). E Pigeau, tom. 1, pag. 509 precisamente secondo il detto progetto ha spiegato l' art. 481 del Codice.

1768. *Ma l' art.* 481 *suppone forse che il ricorso per ritrattazione sia il sola rimedio che lo stato, uno stabilimento pubblico, un minore, può adottare per impugnare la sentenza contro di lui pronunziata, senza che il suo amministratore legale fosse stato citato ?*

Pigeau aveva risoluta siffatta quistione per l' affermativa, nella sua prima opera sulla procedura (*ved. tom.* 1. *pag.* 556); ma nell' edizione che mise a stampa dopo la pubblicazione del codice (*ved. tom.* 1. *pag.* 61), dice che non bisogna avvalersi del ricorso per ritrattazione, allorchè i minori, lo stato, i comuni e gli stabilimenti pubblici non furono difesi dal tutore o amministratore, ovvero allorchè costoro non avevano alcun mandato; che in questo caso bisogna produrre opposizione di terzo, perciocchè bisogna essere stato *parte in causa*, per produrre il ricorso per ritrattazione, mentre che il *minore ed i corpi moroli* di cui noi parliamo non sono *validamente parti in causa*, se non vengono assistite dai loro amministratori. Ed in sostegno del suo assunto cita una decisione del parlamento di Parigi, del 17 gennaro 1767, riportata dal Denisart, alla parola *opposizione di terzo*, num. 13.

Noi dobbiamo dire che quest' ultima opinione di Pigeau, è opposta a quella di tutt' i commentatori dell' ordinanza. Jousse e Rodier sull' art. 35, sostengono potersi ricorrere per ritrattazione contro le sentenze pronunziate senza l' assistenza del tutore, o con l' assistenza di una persona la quale non avea siffatta qualità. Duparc-Poullain, t. 10, pag. 965 esprimesi con maggior precisione. « Uno dei mezzi più forti di minorità meno validalmente difesa, si è, dic' egli, allorchè il minore ha proceduto senza l' autorizzazione del tutore o del curatore. » Trovasi la medesima disposizione in quasi tutte le opere pubblicate dopo la promulgazione del Codice — (*Ved. il Prat. tom.* 3, *pag.* 310, *e soprotutto, il trattato di Demiau Crouzithac, pog.* 344 e 345.)

Ma Berriat Saint-Prix, pag. 458, not. 36, si è con particolarità dedicato a combattere l' avviso di Pigeau, per rispetto all' opposizione di terzo. Egli appigliasi all' autorità di molte decisioni, ed all' opinione di Merlin, per sostenere che il minore non avendo un' incapacità assoluta di stare in giudizio, è parte nella lite, comunque abbia proceduto senza l' assistenza del tutore, e per conseguenza non gli compete il rimedio dell' opposizione di terzo ma solamente quello del ricorso per ritrattazione — (*Ved. quist. di dritto alla parola*, curatore, *t*, 1, *pag.* 665, *il nuovo repert. alla stessa parola* ; §. 1, *n.* 8, *ed alle parole* ricorso per ritrattazione §. 1, *n.* 18, ed opposizione di terzo, §. 2, *art.* 5.)

Devesi osservare che le autorità citate da

Berriat Saint-Prix null' altra cosa provano, se non che di essere stati ammessi i minori a produrre ricorso per ritrattazione, per causa di mancanza di difesa risultante dal motivo che il loro tutore non era stato messo in causa; ma non fu formalmente deciso che le *opposizione di terzo* fusse inammissibile. Noi crediamo che competono entrambi i mezzi primieramente, *l' opposizione di terzo*, perciocchè sembraci vero il dire che il minore non è stato *validamente parte*, *in causa*, se il tutore non venne citato, or vale l'istesso come non fosse stato egli medesimo citato; nè altronde la parte avversa ha alcun interesse ad opporsi che gli si accordi questo mezzo; in secondo luogo il *ricorso per ritrattazione*, perciocchè è ugualmente vero il dire che il minore non è stato *validamente difeso*, allorchè il suo tutore non fu citato a far valere le sue difese. Avrassi dunque in questo caso la scelta come in molte circostanze, in cui una parte può aver dritto a scegliere due vie diverse che la conducono allo stesso fine: l' essenziale si è, che non si adottino nello stesso tempo entrambi i mezzi: essi *concorrono* ma non possono *cumularsi*.

Noi osserveremo intanto che se il tutore è stato citato, non si può dire che il minore non fosse stato parte in causa, ed in questo caso avvi luogo soltanto al ricorso per ritrattazione per la causa di sopra enunciata, val dire allorchè il minore *non è stato difeso*; per esempio, se fosse stato giudicato in contumacia e dichiarato inamissibile il suo gravame, come pure allorchè non *l' è stato validamente*, val dire se il tutore non avesse fatto valere tutte le sue difese (1).

1769. *Il minore emancipato che fosse stato in giudizio senza l' assistenza di un curatore essendo addivenuto maggiore prima della pronunziazione della sentenza, potrebbe forse impugnarla col ricorso per ritrattazione, a causa della minorità non difesa, o non validamente difesa?*

Rodier, *ubi supra*, risolve negativamente siffatta quistione, per la ragione che il minore essendo divenuto maggiore, ha potuto conoscere e rettificare la sua difesa; epperò reputasi averla approvata. Ma Catellan, lib. 9, cap. 3, stabilisce intorno a siffatta difficoltà la seguente distinzione, uniforme al senso di una decisione da lui riportata, per lo che sostiene che laddove l' istruzione fatta durante la minorità (essendo incompleta ed imperfetta), non fosse stata terminata dal minore che dopo la sua maggior età, il ricorso per ritrattazione è inammissibile, nel mentre, sarebbe ammissibile qualora, dopo la sua maggiore età, non avesse esibito alcuna scrittura, nè fatto alcun atto che approvasse questa istruzione. Siffatta distinzione ritenuta benanche da Duparc, tom. 10, pag. 966 è uniforme alla giustizia, e per conseguenza noi crediamo doversi seguire oggidì nel caso in cui la causa *fosse nello stato di potersi decidere* al tempo della maggior età della parte.

1770. *Per dirsi valida la difesa di un minore, debbonsi forse prendere le conclusioni espresse sul merito di difesa?*

È sufficiente che il mezzo di difesa sia stato dedotto, o negli atti o nelle aringhe. — (*Cassaz. 8. nev. ed 11 vent. anno 11, Sirey tom. 3, p. 262; Bullet. uff., Tavola di Bergognie, tom. 2, p. 474 e segu.*)

1771. *L' aver mancato di dedurre un' eccezione di rito, darebbe forse adito al ricorso per ritrattazione per causa di non valida difesa?*

Sembra, a norma di un' arresto della corte di cassazione, del 10 gennaro 1810, e specialmente secondo le conclusioni di Merlin su quest' arresto, che siffatta quistione debb' essere risoluta negativamente. Laonde, onde darsi adito al ricorso per ritrattazione, è necessario che i mezzi di difesa omessi, fossero tratti dal merito della lite (*).

(1) È chiaro che quanto qui diciamo del minore applicasi necessariamente allo stato ed a' pubblici stabilimenti, poichè l'art. 481 ✝ 545 ti comprende nella generalità della sua disposizione.

(*) A noi sembra molto rigorosa la soluzione data dall' A. a questa quistione. La legge non fa alcuna distinzione sulla omissione de' mezzi di non valida difesa, e sia che dessa verificasi per le eccezioni di rito, sia che verificasi per le eccezioni sul merito, crediamo essere sempre ammissibile il ricorso per ritrattazione. Trattasi di un favore accordato ai minori, e la interpetrazione nei casi dubbi non può essere mai restrittiva. D' altronde avviene spesso che il rito influisce essenzialmente nel merito, ed un minore per la mancanza di essersi dedotta una eccezione di rito ha potuto succumbere in merito. Difatti come potrebbe dirsi validamente difeso un minore, se il di lui tutore avesse trascurato di chiedere sia una prova testi-

1772. *Il favore accordato dall' art.* 481 *devesi forse estendere benanche a vantaggio degli interdetti e delle donne maritate?*

L' interdetto trovasi evidentemente compreso in quest' articolo, perciocchè dall' art. 509 † 432 del codice civile è assimilato al minore; ma niuna somigliante disposizione esiste a favore della donna maritata. Or i privilegi non potendosi estendere al di là dei loro limiti, la donna maritata deve rimanere esclusa dal favore dell' art. 481, costituendo ciò un vero privilegio. Tal'è benanche, ma per ragioni diverse, il sentimento del Pratico, t. 5; p. 30 (1).

Art. 482 † 540. *Se vi è luogo a questo ricorso per un solo articolo del giudicato, questo solo viene ritrattato, a meno che gli altri non ne siano dipendenti.*

CCCC. L' art. 482 vuole che il ricorso per ritrattazione possa essere validamente prodotto contro un solo dei capi di una decisione o sentenza inappellabile che ne contiene molti.

La massima un poco metafisica, *causa judicati est individua* sembrava opporvisi, almeno nell' opinione di taluni giureconsulti, mentre altri non vi trovan affatto ostacolo secondo l' altra massima al certo più semplice perciò meno suscettibile di discussione, diceva Albisson, nel suo rapporto al Corpo legislativo, *tot capita, tot sententiae* (2).

Ma accogliendosi il ricorso per ritrattazione contro un sol capo la sentenza impugnata sarebbe ritrattata per questo capo soltanto, ovvero per intiero? Le due massime rispettivamente invocate servono del pari per entrambe le opinioni.

Il nostro articolo toglie questi dubbi, dichiarando che, se vi ha luogo ad accogliere il ricorso per un sol capo della sentenza, sarà questo solo ritrattato, tranne se gli altri non ne fossero dipendenti.

1773. *Quali sono in generale i casi in cui le sentenze non possono essere ritrattate per rispetto a taluni casi o ad un solo?*

Il tribuno Albisson, nel suo rapporto sul presente titolo (*vedi ediz. di F. Didot, pag.* 174), porta per esempio una decisione pronunziata su di un giudizio di ordine di collocazione fra creditori divisi d' interesse, i cui titoli sieno diversi, ed una sentenza sopra un rendimento di conto formato di diversi articoli per ciascuno dei quali avvi una quistione separata. Ma si può dire, in generale, che avvi luogo a ritrattare una sentenza per un solo capo o per taluni capi soltanto ogni qual volta trattasi dell' approvazione di diversi crediti.

Art. 483 † 541. *Il termine a proporre il ricorso per ritrattazione ed alla relativa citazione della parte, è, per i maggiori di tre mesi, che decorrono dal giorno della notificazione della sentenza impugnata fatta o alla persona o al domicilio.*

T. 78.—Ordin. del 1667, tit. 38, art. 5, parte 1. — C. di P., art. 443, 292, 1023.

CCCCI. I motivi su de' quali è poggiato quest'articolo sono quelli medesimi esposti nel comentario all'art. 443.—(*V. supra, p.* 168.)

1774. *Il termine generale, fissato dall' art.* 483, *decorre forse contro lo stato e gli stabilimenti pubblici?*

Merlin stabilisce l' affermativa, nelle sue quistioni di dritto, alle parole *ricorso per ritrattazione*, §. 1, 2 ediz.; fondandosi sull'art. 2227 del codice civile, e sul motivo che, per produrre appello o ricorso per annullamento lo stato, gli stabilimenti pubblici, i minori ec., sono soggetti ai medesimi termini che hanno i particolari di età maggiore (3).

1775. *Il ricorso per ritrattazione può validamente prodursi con semplice citazione, e senza precedente istanza?*

moniale, sia una perizia, da cui potea dipendere il buon' esito della causa? . . . . Se il minore espone, dice Pigeau, vol. 2, pag. 191, che avea delle prove, e che avrebbe guadagnata la causa se fossero state presentate, potrà far uso del ricorso civile come se non fosse stato difeso.

(1) Nè casi in cui la donna maritata può far uso del ricorso per ritrattazione, il suo ricorso è ammissibile, quantunque prodotto senza l' autorizzazione del marito, qualora però questa autorizzazione è poscia accordata nel corso del giudizio. — (*Firenze*, 16 *agosto* 1810; *Sirey, tom.* 15, *pag.* 34).

(2) Ciò prova sempre più la dottrina da noi stabilita nella quistione 1754 riguardo agli appelli, per applicazione di questa medesima massima.

(3) Non esistono più al presente, come sotto l' antica legislazione, dei casi in cui si possa essere abilitato a ricorrere malgrado che sia spirato il termine assegnato a produrre il ricorso per ritrattazione. — (*Vedi il nuovo Repertorio alla parola* ricorso civile, §. 3, *pag.* 296 *nelle note*).

Gli scrittori decidono negativamente siffatta quistione. È necessario, dice Berriat Saint-Prix, pag. 461, presentare il ricorso e farlo seguire da citazione. (*Art.* 489 , *paragonato col* 492 *e* 494, *e tariffa*, *art.* 78.) Egli aggiunge, not. 45, che l' art. 483 sembra esigere una semplice citazione ; ma che combinandolo cogli altri articoli citati , devesi spiegare in diverso senso , come ragionevolmente osservano Pigeau, tom. 1, pag.618, e Thomines , pag. 283.

Intanto esistono intorno a siffatta quistione due arresti opposti della corte di cassaz one , riportati dal Sirey, tom. 16, pag.441 —445 ; quello della camera dei ricorsi , del 9 giugno 1814, consacra l' opinione degli autori da noi citati ; l' altro della *camera civile* del 3 luglio 1816, decide al contrario che niuna disposizione del codice di procedura fa supporre che il legislatore abbia inteso prescrivere, e *soprattutto a pena di nullità* , un' istanza preliminare alla citazione. Noi del pari crediamo,per le ragioni enunciate nel primo de' due citati arresti , essere più uniforme al voto della legge di procedere per mezzo d' istanza con citazione ; ma come niun' articolo l' esige sotto pena di nullità, non pensiamo che il ricorso debbasi dichiarare inammissibile , se è stato prodotto per mezzo di citazione soltanto (*).

ART. 484 † 548. *Trattandosi di minori, il termine di tre mesi non decorre in loro pregiudizio , che dal giorno della notificazione della sentenza loro fatta alla persona o al domicilio dopo che sono divenuti maggiori.*

Ordin. del 1667, tit. 35, art. 5, ultima disposizione. C. di P., art, 178, 444.

CCCCII. Se per rispetto all' appello il legislatore ha creduto poter sottomettere i minori allo stesso termine dei maggiori, prendendo la precauzione di ordinare (*ved. art.* 444) che la sentenza sarà notificata tanto al tutore che al tutore surrogato, siffatta misura non poteva applicarsi ad una sentenza inappellabile contro la quale vi sono motivi di ricorso per ritrattazione. In vano il tutore surrogato rimarrebbe avvertito di siffatta sentenza, allorchè i chiarimenti e le carte non sono nelle sue mani, ma in quelle del tutore incaricato di difendere il minore.

Non avvi pel minore in tal modo condannato altra risorsa, se non il dritto che gli è concesso di produrre ricorso per ritrattazione, allorchè sarà divenuto maggiore.

Nè si viene così a prolungare ingiustamente l' incertezza di coloro i quali litigano contro i minori , perciocchè , quasi in tutt'i casi nei quali è ammissibile il ricorso per ritrattazione, non potrebbe presumersi che colui il quale ha ottenuta la sentenza in tal modo impugnata avesse ignorato che la religione dei giudici non sia stata illuminata , ovvero fosse stata sorpresa.

Siffatta considerazione , unita al timore che il minore non avesse avuto conoscenza della sentenza e dei fatti su quali può stabilire il suo dritto , è sembrato un motivo bastante per imporre all' avversario l'obbligo di notificare siffatta sentenza al minore divenuto maggiore , e soltanto , secondo l' art. 484 , a contare da questa notificazione comincia il termine nel quale dovrà pronunziarsi la decisione sul ricorso per ritrattazione.—(*Esposizione dei motivi.*)

1776. *In mancanza di notificazione dopo la maggiorità, fin dove si estenderà il termine ?*

Si estenderà fino ai 30 anni , ma non al di là.—(*Ved. arresto di cassaz. del* 1. *germ. anno* 11; *Quist. di dritto, alla parola* ricorso per ritrattazione, § 7, *e novel. Repert. ubi supra.*)

1777. *Il maggiore può forse giovarsi del termine accordato al minore , allorchè hanno un' interesse comune ed indivisibile ?*

Rodier propone siffatta quistione , sull' art. 5, del tit. 35 , e la decide per l' affermativa , anche nel caso in cui trattasi soltanto di una causa *individua* , val dire di una condanna la quale è comune al maggiore ed al minore,qualunque siane l' oggetto.

Duparc-Poullain pretende al contrario, tom. 10, pag. 382, che l' ordinanza non sembrava autorizzare siffatt' opinione. Noi vediamo che nel processo verbale egli diceva , fu fatta l' obiezione dal primo presidente , pel caso di un' interesse comune ed indivisibile di maggiori con minori.

(*) Questa quistione non può presso di noi aver luogo , perciocchè nell' art. 547 delle nostre leggi di procedura civile sta chiaramente detto (nel che soltanto differisce dall' art. 485 del codice di procedura francese) che il ricorso per ritrattazione , *unitamente alla citazione* sarà notificato alla parte. E per la stessa ragione anche la quistione 1789 non potrebbe verificarsi.

E Pussort rispose » che questo *risguarderebbe il merito*, e che i giudici ne giudicherebbero; che del resto siffatta quistione fosse rinviata a decidersi con quelle delle *solidolità* e delle *prescrizioni*, per conoscere i casi nei quali si dovesse dividere o riunire, e che potevasi intanto affermare che nelle sole materie reali dovesse darsi a'maggiori il privilegio dei minori.

Siffatta risposta, aggiunge Duparc, non è chiara e fa conoscere l'imbarazzo di Pussort. Se ne possono però desumere alcune conseguenze interessanti ch' è utile di sviluppare.

Primamente Pussort riduce alle materie reali il dritto che sembra accordare ai maggiori di godere del privilegio dei minori; e veramente per un' oggetto indivisibile, come una servitù o un' altro peso reale sull' eredità indivisa del maggiore e del minore, non è possibile che la decisione sia ritrattata per l' uno, e sussista contro l' altro.

In secondo luogo fa dipendere la quistione da quella di *solidolità* e *di prescrizione*, per conoscere i casi nei quali dovesse dividersi o riunire, e ciò rapportasi all' interesse comune ed indivisibile di cui il primo presidente esclusivamente parlava, il che sembra dover operare la medesima decisione della restituzione del minore, di cui può giovarsi il maggiore nel caso soltanto in cui l' interesse comune è indivisibile.

Finalmente, rispondendo che *questo rifletterebbe il merito e che i giudici ne deciderebbero*, sembra che Pussort abbia avuto l' intenzione di non ammettere il maggiore ad unirsi al minore nel produrre ricorso per ritrattazione, anche quando il loro interesse è indiviso, ma soltanto di riunirsi a lui nel giudizio del rescissorio; e veramente il dritto o la facoltà di prendere la strada del ricorso per ritrattazione non ha alcun carattere d' indivisibilità, sebbene il merito della causa fosse indivisibile.

Da tutto questo risulterebbe che Pussort in niun caso ammetteva, decorso il termine, la concorrenza del maggiore nel ricorso per ritrattazione prodotto dal minore, ritenendo sul rescissorio il vantaggio che l' indivisibilità d' interesse col minore può produrre al maggiore.

Del rimanente, Duparc-Poullain esponeva siffatte riflessioni come semplici congetture di ciò che il primo presidente aveva inteso dire. Ma noi le crediamo fondate, e poichè il codice di procedura serba silenzio sulla quistione, e gli autori (*ved. fra gli altri Berriat Saint-Prix, pag.* 459. *not.* 39) riproducono la decisione di Pussort e quella di Rodier, si comprenderà la ragione per cui abbiam dovuto sottometterle ai nostri lettori.

Se devesi seguire l'opinione di Duparc-Poullain, allora spetterà al maggiore d'intervenire nel giudizio sul rescissorio, come egli stesso lo dice, *ubi supra*, *pag*. 985.

Art. 485 + 550. *Se colui a cui possa competere il beneficio del ricorso per ritrattazione è assente dal territorio del regno per servizio di terra o di mare, o impiegato in negoziazioni all' estero pel servizio dello stato, si aggiunge un anno al termine di tre mesi dalla notificazione della sentenza* (*).

Ordin., tit. 35, art. 7. — C. di P., art. 446.

Art. 486 + 549. *Quelli che abitano fuori del continente della Francia hanno, oltre il termine di tre mesi dalla notificazione della sentenza, i termini prescritti per le citazioni dall' art.* 73 + 167.

C. di P. art. 73 e 445.

Art. 487 + 551. *Morendo entro i termini prefissi al ricorso la parte che è stata soccumbente nella sentenza reclamata, il resto del termine non comincia a decorrere in pregiudizio dell' eredità, che dal giorno e colle forme prescritte nell' art.* 447 + 511.

Ordin. tit. 35, art. 8 — C. di P. art. 344 e 447.

Art. 488. + 552. *Quando i titoli, a cui si appoggia il ricorso per ritrattazione, sono o la falsità o il dolo o la scoperta di nuovi documenti, i termini non decorrono che dal giorno in cui o la falsità o il dolo sono stati riconosciuti, ovvero i documenti scoperti, semprecchè però in questi due ultimi casi vi sia pruova scritta da cui risulti il giorno della scoperta, e non altrimenti.*

Ordin. tit. 35, art. 12. — C. di P. art. 348, 480, num. 1, 9 e 10 — C. C. art. 2057.

(*) Secondo il nostro art. 550 corrispondente all' art. 485 del codice di procedura francese, l'aumento al termine di tre mesi non è di un' anno, ma di soli due mesi, e ciò perchè noi non abbiamo nè colonie, nè altri remoti stabilimenti.

[CCCCII *bis*. La pruova per iscritto dal giorno della conoscenza della falsità o del dolo, e della scoverta dei documenti, deve risultare da un' atto il quale contenga nello stesso tempo data certa, e comprovi l'epoca di siffatta conoscenza o di questa scoverta. Perciò una lettera di cambio, tirata da un terzo sull' attore del ricorso per ritrattazione e che gli rivela siffatte circostanze, non può, sebbene registrata e riconosciuta autenticamente dal suo autore, formare la pruova esatta dall' art. 485, perciocchè la certezza della data che le da il registro, non comprova la vera data della lettera e l' epoca della conoscenza o della scoverta, nè questa pruova può risultare dalla medesima conoscenza giudiziaria del suo autore, esigendo l' articolo che fosse fatta per iscritto. In tal modo decise la Corte di Brusselles, nel 24 gennaro 1823 (*Annali di de Laporte*, *anno* 1823, *vol*. 1 *pag*.189.)]

ART. 489 + 553. *Se si tratta di contrarietà di giudicati, il termine decorrerà dal giorno della notificazione dell' ultimo giudicato.*

C. di P. art. 480, n. 6, 501, 504.

CCCCIII. Le disposizioni dell' art. 485, 486 e 487 sopra trascritte, sono le stesse di quelle relative all' appello, tanto per lo principio generale, quanto pei casi di eccezione ch' esse contengono; e volendo darne una spiegazione sarebbe lo stesso che andare incontro ad inutili ripetizioni. (*Ved. il coment. sugli art.* 443 *e* 448 *inclusivo*.) Nulla eravi, dice Bigot de Préameneu nella sua esposizione dei motivi, ad aggiungere alla saggezza dell' antica ordinanza sull'epoca in cui i termini debbono cominciare a decorrere nei casi di falso, di dolo, di scoverte di documenti novelli, di arresto personale, di sentenza. Ma per rispetto a quest' ultimo caso, è da osservarsi (*ved. Demiau Crouzilhac*, *pag*. 346,) che l' art. 501 disponendo che il ricorso per ritrattazione non può essere prodotto se non contro la seconda o ultima sentenza la quale trovasi in contraddizione con altra precedente, il termine del ricorso non deve decorrere, come lo dichiara l' art. 489 + 553 se non dal giorno in cui quest' ultima sentenza è stata notificata alla parte personalmente o al domicilio (1).

(1) Osserviamo pure collo stesso autore, che il ricorso per ritrattazione non è ammissibile se non quando le due sentenze sono pronunziate in ultimo grado di giurisdizione, poichè se la prima fosse stata pronunziata appellabilmente, non vi sarebbe luogo a contrarietà de' giudicati, potendosi dire che il giudice essendosi ingannato la prima volta, ha riformata la decisione; ed abbenchè la prima sentenza acquistò la forza di giudicato mercè l' acquiescenza della parte contro la quale fu prescritta, costei non può impugnare l' opera sua, e dare come un giudicato ciò che in effetti è il risultamento della sua volontà. Ed in vero qualora avesse ella appellato dalla sentenza, questa avrebbe potuto essere rivocata; epperò la parte debbe imputare a se stessa la colpa di averla fatta rimanere un giudicato.

ART. 490 + 554. *La domanda per ritrattazione s' introduce avanti il tribunale che ha pronunziata la sentenza che si vuole impugnare: può essere giudicata anche dagli stessi giudici.*

Ordin. del 1545, art. 7, del 1560 art. 57, del 1667, tit. 38, art. 20 — C. di P. art. 475, 483, 502, 1026.

ART. 491 + 555. *Se un litigante suol usare di questo rimedio contro un giudicato che venga prodotto in una causa pendente in un tribunale diverso da quello che ha pronunziato il detto giudicato, deve procedere avanti quel tribunale che ha pronunziato il giudicato che vuolsi impugnare, ed il tribunale presso cui pende la causa nella quale si è prodotto il giudicato che s' impugna, può secondo le circostanze, continuare o sospendere le procedure.*

Ordin. tit. 35, art. 25 e 26.

CCCCIV. Il ricorso per ritrattazione debbe essere sempre discusso da quel tribunale in cui fu pronunziata la sentenza impugnata laonde anche quando presentasi l' occasione di avvalersi di siffatto mezzo in una contestazione la quale agitasi in un tribunale diverso, siffatto ricorso non può essere discusso se non dallo stesso tribunale che ha pronunziato la sentenza.

In quest' ultimo caso, l' ordinanza del 1667 ad oggetto di stabilire la competenza avea fatto molte distinzioni (2).

(2) Se si fosse trattato di una sentenza interlocutoria o di una sentenza nella quale chi produceva il ricorso per ritrattazione non fosse intervenuto come parte, la cognizione n' era attribuita al tribunale dov' era prodotta la sentenza.

Il ricorso per ritrattazione contro di una senten-

Negli art. 490 e 491 sonosi seguiti idee più giuste le quali presentano minori inconvenienti. In ogni caso il ricorso per ritrattazione, non è considerato se non se come un prosieguo, un compimento della procedura sulla quale si è pronunziata la sentenza in tal modo impugnata: epperò siffatto ricorso deve del pari, in tutt' i casi, essere rinviato davanti il tribunale che ha pronunziato la sentenza.

Vivevasi in un grand' errore allorchè facevasi dipendere dal consenso delle parti, sia la competenza del tribunale innanzi al quale erasi esibita la sentenza, sia l' esito della procedura (1). Per rispetto alla competenza, si cadeva nell' inconveniente che un tribunale inferiore trovavasi investito del potere di annullare la sentenza di una corte superiore.

In quanto alla sospensione della procedura, essa può essere, nel caso attuale, un' atto di equità o benanche di necessità, il quale, indipendentemente dalla volontà delle parti, deve abbandonarsi alla prudenza del giudice.

Per rispetto alle sentenze nelle quali non intervennero i ricorrenti per ritrattazione, non puossi dire che il loro ricorso sia il prosieguo o il compimento di una procedura; essi hanno un' altra via, quella dell' opposizione del terzo, la quale come meno dispendiosa, era preferita anche quando l' ordinanza del 1667 offriva nello stesso tempo ai litiganti siffatto gravame e quello del ricorso per ritrattazione di sentenza.

1778. *Se il tribunale il quale ha pronunziata la sentenza impugnata più non esistesse, ove porterebbesi il ricorso per ritrattazione?*

Bisognerebbe dirigersi alla Corte di cassazione, la quale delegherebbe un' altro tribunale. In tal modo fu risoluto da una decisione del consiglio, del 17 maggio 1781, riportata dal Merlin, nel suo novello repertorio, alla parola *ricorso per ritrattazione*, §. 1 num. 8. tom. 11. pag. 282. Marcabile è siffatta decisione, nelle circostanze attuali, in quanto che dessa giustifica la soluzione data nella quistione 269, atteso che il tribunale il quale aveva pronunziato la sentenza impugnata era quello della città di Pondicheri, presa dagli Inglesi. Or fu decisa che in somigliante circostanza, i giudici di Pondicheri aveano perduto giurisdizione sulle parti (2).

1779. *Quali sono, in generale, i casi in cui il tribunale che deve conoscere della causa principale, può passare oltre a decidere o sospende la pronunziazione della sentenza, allorchè evvi ricorso per ritrattazione?*

Sono quelli in cui la sentenza può oppur no influire su quella della causa principale.

1780. *Si può produrre incidentemente ricorso per ritrattazione, allorchè son decorsi i termini stabiliti dagli articoli precedenti?*

Pigeau tom. 1, pag. 612 e 613, sosteneva l' affermativa, attesochè avvi parità di ragione fra l' uso di ricorso per ritrattazione e quello dell' appello, dichiarando l' art. 443 che si può in ogni stato di causa produrre appello per incidente.

ART. 492 † 556. ***La domanda per ritrattazione si fa con citazione al domicilio del patrocinatore della parte che ha ottenuto il giudicato che s' impugna, se questa è proposta entro sei mesi dalla data del giudicato; dopo i sei mesi, la citazione deve farsi al domicilio della parte.***

T. 75 e 78 — Ordin. di Rousillon, art. 7, del 1667, tit. 35, art. 6 — C. di P., art. 344 e seg. 483.

1781. *Il ricorso per ritrattazione debb' essere presentato al giudice prima di notificarsi con citazione alla parte?*

L' art. 592 dichiara che il ricorso per ritrattazione *sarà formato con citazione*; perciò dice Delaporte, tom. 2, pag. 60, non è ne-

za deffinitiva, ovvero pronunziata in contraddittorio, o in contumacia tra le medesime parti, dovea portarsi innanzi al tribunale che l' avea pronunziata, a meno che le parti non avessero rispettivamente consentito che si fosse proceduto su questo ricorso innanzi al tribunale dove la sentenza era prodotta, o che fosse sospeso il giudizio.

In questo sistema erasi considerato che, quando le parti aveano ricevuto deffinitivamente la legge da un tribunale, a questo solo dovea appartenere il rivocarla, purchè però le parti non consentissero a sottomersi al tribunale innanzi al quale trovavansi.

Queste disposizioni furon fin d' allora riguardate come difficili ad eseguirsi, epperò caddero in disuso, o venivano diversamente eseguite.

(1) Vedi la nota qui sopra.

(2) Il ricorso per ritrattazione prodotto contro una sentenza di arbitri, s' introduce nel tribunale che sarebbe stato competente a giudicare la causa in appello. — (*Vedi l' art.* 1026 † 1102.)

cessario presentarlo preventivamente ai giudici.

Pigeau, tom. I, pag. 618, Thomines, pag. 202, alle note, Demlan Cronzilhac, pag. 348, Hanteteuille, pag. 293, sono di contrario avviso, e noi benanche crediamo essere un' errore il credere che sia sufficiente una citazione per introdurre validamente la dimanda. In effetti, la necessità di presentare preventivamente un ricorso sembra risultare, 1. dall' art. 483, il quale esige che il ricorso per ritrattazione sia intimato con citazione, ciò che suppone un ricorso anteriormente presentato; 2 dall' art. 494, il quale dichiara che il ricorso per ritrattazione non sarà ammissibile, se prima di presentarsi non è stata consegnata la somma enunciata in questo articolo; 3 dall' art. 98 della tariffa, il quale stabilisce a favore del patrocinatore, e non già dell'usciere, i dritti per la formazione del ricorso principale, comprendendovi l' emolumento per spedire l'ordinanza. Del resto niuna ragione può trarsi contro siffatta opinione dall' art. 492, il quale parla soltanto della notificazione del ricorso per ritrattazione, e non dello stesso ricorso (1).

ART. 493 † 557. ***Se questa dimanda si propone incidentemente avanti un tribunale competente per giudicarne, si fa con atto di patrocinatore : ma se è incidente in una lite pendente in un tribunale diverso da quello che ha pronunziato la sentenza impugnata, deve farsi con citazione avanti i giudici che hanno pronunziato la detta sentenza.***

T. 75 e 90 (2).

1782. ***La legge autorizza forse una risposta al ricorso per ritrattazione prodotto per incidente con atto di patrocinatore a patrocinatore, nel caso preveduto dall' art. 493 † 557 ?***

Trovasi ciò espressamente deciso dall' art. 75 della tariffa, e Pigeau, pag. 623, ne conchiude che si può del pari rispondere al ricorso per ritrattazione principale. Infatti noi non sapremmo trovare alcuna ragione per sostenere il contrario. Pigeau aggiunge che la risposta è autorizzata, anche nel caso in cui la causa fosse d' indole tale da essere decisa in merito come materia sommaria, atteso che l' art. 75 della tariffa non fa alcuna distinzione. Siffatta decisione sembraci egualmente giusta; poichè il giudizio sul ricorso per ritrattazione essendo assolutamente distinto dal merito, non importa che vi si decida come in materia ordinaria. Del resto, questa opinione troverebbe un sostegno nell' arresto della Corte di cassazione che enuncieremo nella seguente quistione.

1783. *Sono forse permesse le aringhe in un giudizio contestato con l' amministrazione del registro, su di un ricorso per ritrattazione.*

La corte di cassazione, con decisione del 30 agosto 1809 (*Sirey, t. 9, pag.* 426) ha risoluto questa quistione per l' affermativa, atteso che l' art. 17 della legge del 27 ventoso anno 9, la quale proibisce effettivamente le aringhe in tutte le cause che interessano l'amministrazione, per tutte le multe ch'essa deve esigere, non può essere applicabile all' azione pel ricorso per ritrattazione, il quale ha le sue forme particolari e proprie, e che essendo un modo straordinario, va esente dal modo comune *d' istruzione sommaria*, stabilito dalla legge del 26 ventoso. — (*Vedi l' art.* 499 † 563.)

ART. 494 † 558. *Niuno (eccetto gli agenti per gl' interessi dello stato) può ricorrere per ritrattazione, se prima non avrà fatto il deposito di trecento franchi a titolo di multa, e di franchi cento cinquanta a titolo di danno ed interessi della parte, senza pregiudizio de' maggiori danni ed interessi che potessero aver luogo. Il deposito sarà di metà delle dette somme se il giudicato è pronunziato in contumacia, e dietro esclusione delle produzioni non fatte in tempo; e del quarto se trattasi di sentenza del tribunale di prima istanza* (*).

T. 90. Ordin. del 1667, tit. 35, art. 16.

(1) Potrebbesi osservare in questo luogo che rispetto alle dimande d' intervento in causa (*vedi quistione* 1212), noi abbiam detto il contrario di quello qui stabilito riguardo al ricorso per ritrattazione di sentenza. Ma si osserverà senza dubbio non potersi ne' due casi applicare le medesime ragioni di decidere.

(2) Vedi il commentario sull' art. 491.

(*) Secondo il nostro art. 558 le somme da depositarsi sono ducati 60 per ammenda, e ducati 30 pei danni ed interessi. Giova a tal proposito osservare che la eccezione in detto articolo esistente per rispetto ai rappresentanti dello stato non li sottrae dalla formalità di notificare il consulto de' tre avvocati, di cui parla l' articolo seguente 559.

[CCCCIV *bis*. Allorchè si sono impugnate molte decisioni o sentenze dipendenti da una prima decisione che forma il titolo primordiale, è sufficiente il deposito di una sola multa. In tal modo decise la Corte di Brusselles, nel 24 gennaro 1822. (*Annali di de Laporte, anno* 1823, *vol.* 1, *pag.* 189)].

Art. 495 + 559. *Nella dimanda deve avanti di tutto notificarsi la quietanza del ricevitore, e deve esser munita di un consulto di tre avvocati in esercizio di dieci anni almeno presso uno de' tribunali compresi nella giurisdizione della corte di appello, dalla quale è stata profferita la sentenza.*

Il consulto dee contenere la dichiarazione de' tre avvocati, ch' essi sono di sentimento che si faccia luogo alla ritrattazione, e deve enunciarne i motivi. Mancando tali formalità, la dimanda (1) *non è ricevuta* (2).

T., 140.—Ord. del 1667, tit. 35, art. 13 e 16.

CCCCV. I due trascritti articoli ritengono le precauzioni adottate dalle nostre antiche leggi, onde sotto il nome di ricorso per ritrattazione, non si presentino motivi inamissibili, o che si mettessero innanti, senz' essere in istato di farne la prova. Epperò siffatti motivi, senz' altro esame, sarebbero rigettati, come non legittimi se tale legittimità non è attestata da tre vecchi avvocati (*vedi il num.* 1686) e se il ricorrente non ha depositato le somme determinate dalla legge a titolo di multa e di danni ed interessi.

In tal modo si è cercato prevenire le temerarie aggressioni, secondo il voto dell'illustre cancelliere Bacone, il quale deplorando sulle cause dell'instabilità delle sentenze, voleva benanche che l'attacco fosse circondato da pericoli, e la strada aperta per giungervi fusse stretta e difficile (3).

1784. *Gl' indigenti sono forse tenuti di depositare la summa richiesta dall' art.* 494 ?

Pigeau, tom. 1, pag. 618, dice che se la parte è povera, è dispensata da questo deposito, uniformemente alla legge del 1. termidoro anno 6, presentando un certificato dell'amministrazione municipale che attesta la sua indigenza. Ma dopo la pubblicazione dell' opera di questo autore, fu deciso per mezzo di un' avviso del Consiglio di Stato, approvato nel 20 marzo 1710, che la legge del termidoro era compresa nell' abrogazione pronunciata dall' art. 1041 del Codice di procedura, e che l' art. 494 non facendo alla disposizione in esso contenuta alcuna eccezione per gl'indigenti, non possono oggidì essere dispensati dal deposito. Trovasi in questo un ritorno all' antica regola, consacrata da un lungo seguito di editti e di ordinanze, ed il cui rigore era fondato sulla ragione che la soverchia facilità delle domande per ritrattazione di sentenze tendeva a moltiplicare le liti ed a renderle interminabili (*) [a].

(1) Nell' intervallo di tempo trascorso dalla legge del 10 agosto 1793 sino al codice di procedura civile, un ricorso per ritrattazione di sentenza non era nullo per mancanza del consulto. — (*Cassaz.* 17 *piovoso*, *anno* 3; *Sirey*, *tom.* 20, *pag.* 475.)

(2) GIURISPRUDENZA.

1. Allorchè un ricorso per ritrattazione è diretto contro una sentenza di prima istanza resa in contradditorio, la multa da depositarsi ascende al quarto della somma richiesta nel caso di una decisione profferita sull' appello interposto dalle due parti, e vale lo stesso pel risarcimento de' danni ed interessi. — (*Cassaz.* 17 *novembre* 1817; *Sirey*, *tom.* 18, *pag.* 147.)

2. Gli avvocati che esercitano da dieci anni la professione presso una corte reale, possono al pari di quelli che l' esercitano da dieci anni presso un tribunale di prima istanza, compreso nella circoscrizione territoriale di questa corte, sottoscrivere il consulto in sostegno della dimanda per ritrattazione. — (*Cassaz.* 17 *novembre* 1817; *Sirey*, *tom.* 18 *pag.* 147.)

[3. Gli avvocati che hanno agito nella causa prima che se ne fosse impugnata la decisione, possono deliberare e sottoscrivere il richiesto consulto. — (*Brusselles*, 24 *genn.* 1822; *Ann. di Laporte* 1823, *vol.* 1, *pag.* 189; *e Giurisprudenza di questa Corte anno* 1822 *vol.* 1, *pag.* 208).

(3) *Non facilis esto aut proclivis ad judicia rescidenda aditus .... Providendum est ut via ad rescidenda judicia sit arcta, confragosa et tamquam muricibus strata...* — (*Exemplum Tractatus de iustit. univers*).

(*) Presso di noi non si può più formar quistione di ciò; poichè con decreto delli 11 ottobra 1825 furono esentati dal deposito gl' indigenti. Sono riguardati indigenti coloro che abbiano una rendita imponibile al di sotto di duc. 50 annui, giusta i ruoli di contribuzione, e non abbiano industria visibile, secondo un certificato del Sindaco, vistato ed approvato dall' Intendente.

[(a) Nel regno de' Paesi-bassi le disposizioni favorevoli agli indigenti sono stabilite da molti de-

1785. *L' amministrazione del registro è dispensata di alligare al suo ricorso per ritrattazione un consulto di avvocati?*

Che no, perciocchè l' art. 495 generalmente impone ad ogni ricorrente per ritrattazione, senz' alcuna eccezione, l' obbligo di notificare siffatto consulto. — (*Vedi le decisioni del* 30 *agosto* 1809, *Sirey*, *tom*. 9, *pag*. 426, *enunciate nella quistione* 1783.)

ART. 496. † 560. *Nel caso che la dimanda sia notificata entro sei mesi dalla data della sentenza che si pretende impugnare, il patrocinatore della parte che ha ottenuta la sentenza favorevole, s'intende costituito di dritto senza bisogno di nuovi poteri.*

Ordin. del 1667, tit. 35, art. 61, e *supra*, art, 472

ART. 497 † 561. *La dimanda per ritrattazione non impedisce l'esecuzione della sentenza impugnata. È vietato di accordare alcuna inibitoria contro l'esecuzione; la parte condannata a rilasciare un fondo, non è ammessa a dire le sue ragioni sopra l'implorato rimedio, se non presenta la prova della esecuzione della sentenza principale.*

Ordin. del 1667, tit. 35, art. 18 e 19.

CCCCVI. Uno dei più potenti mezzi di prevenire i ricorsi per ritrattazione dettati dal cavillo o da passioni, trovasi indubitatamente in questa disposizione, colla quale il presente articolo ordina l'esecuzione della sentenza impugnata con questo mezzo, esige al tempo stesso di non potersi accordare inibitoria e per eseguirla vuole finalmente che anche quando si trattasse del rilascio di una eredità, il ricorrente non sia ammesso a litigare se non giustificando di essersi effettuito questo rilascio.

1786. *La contrarietà dei giudicati mette ostacolo alla loro esecuzione?*

Che si, dice Rodier, sull' art. 18 dell' ordinanza, quist. 1, specialmente se la contrarietà è tale che non si possa eseguire uno dei giudicati senza contravvenire all'altro. Ma noi osserviamo, con Duparc-Poullain, tom. 10, pag. 976, che non è il ricorso per ritrattazione, ma la natura stessa delle due decisioni, l'una contraria all' altra, che può operare la sospensione per l'impossibilità di eseguirle entrambe; laonde tutto in ciò dipende dall' oggetto delle disposizioni che si contraddicono.

1787. *Se in esecuzione di una sentenza o decisione impugnata mediante ricorso per ritrattazione, vi fosse qualche misura interlocutoria da istruirsi o giudicarsi, il ricorso farebbe sospendere la istruzione o almeno la sentenza interlocutoria?*

Rodier, *ubi supra*, pronunziasi per l'affermativa, attesochè, egli dice, *non devesi affatto rischiare di praticare cose inutili.* Ma Duparc-Poullain, *ubi supra*, risponde che questo timore non può essere un valido motivo per privare una parte della esecuzione provvisionale accordata dalla legge per l'esecuzione di una decisione interlocutoria. In fatti la esperienza c' insegna che la sentenza da pronunziarsi sul ricorso per ritrattazione richiede molto tempo. Colui il quale ha una decisione in suo favore, ha per la esecuzione di essa il titolo il più formale nella disposizione espressa dell' art. 497, il quale non fa alcuna distinzione fra una sentenza interlocutoria e quella definitiva.

1788. *Trattandosi del rilascio di un' oggetto mobiliare, e provandosi che il condannato avesse quest' oggetto a sua disposizione, bisognerebbe forse, per proseguire il giudizio del ricorso per ritrattazione, ch' egli giustificasse di aver eseguita la sentenza facendo siffatto rilascio?*

Sì, secondo Pigeau, tom. 1, pag. 620, perciocchè avvi, egli dice, la stessa ragione esistente per lo rilascio degl' immobili. Ma in tutti gli altri casi, potendosi presumere che il condannato fosse stato nell' impossibilità di eseguire la sentenza, l' udienza non potrebbegli essere negata.

Noi non crediamo ammissibile siffatta di-

creti reali, e precisamente da quello del 26 maggio 1824. L'articolo di un tal decreto ordina per regola generale che gl' indigenti o quelli ad essi simiglianti, saranno ammessi a litigare in giudizio *gratis*, osservando però le forme prescritte, e dispensandole benanche, senza alcuna eccezione, dal pagare le *multe giudiziarie*. Potrebbe intanto sorgere un dubbio sul motivo che quel decreto regola la formola da seguirsi per ottenere al proposito la necessaria autorizzazione nella giustizia di pace, in prima istanza ed in appello, senza parlare nè del ricorso per ritrattazione nè di quello per annullamento; ma noi crediamo che tale omissione non possa costituire una eccezione al principio generale consacrato dall' art. 1: e che in mancanza di formole specialmente stabilite, bisogna seguir quelle generalmente fissate dall' art. 2, per ottenere siffatto favore].

stinzione, la quale estende l'applicazione dell'ultima disposizione dell'art. 497 ad un caso che esso non comprende affatto.

Art. 498 † 562. *Qualunque dimanda per ritrattazione dev' essere comunicata al ministero pubblico.*

Ordin. del 1566, art. 61. — Ordin. del 1667, tit. 35, art. 27 — Quist. 1781.

CCCCVII. Annoverandosi i ricorsi per ritrattazione fra le procedure che interessano l'ordine pubblico, e nelle quali i procuratori del re debbono essere intesi, l'art. 498 prende una ultima precauzione per mantenere il corso della giustizia e l' autorità dei giudicati contro lo abuso di siffatto genere di ricorsi.

1789. *Il ricorso per ritrattazione debb' essere comunicato al ministero pubblico, prima che fosse notificato con citazione?*

È questa l' opinione di Hautefeuille, tom. 1, pag. 293, e noi pensiamo come lui, per illazione di quanto abbiamo detto nella quistione 1781, secondo il testo stesso dell' art. 498: devesi dunque prima di citare, rimettere il ricorso al presidente, il quale ordina che sia comunicato al ministero pubblico, rilasciando, sulle sue conclusioni, l' ordinanza per la citazione. — (*Ved. Pigeau, tom.* 1, *pag.* 619)

Art. 499 † 563. *Non si possono discutere all' udienza, nè produrre in iscritto, altri motivi in appoggio della ritrattazione, se non che quelli enunciati nel consulto degli avvocati.*

Ordin. del 1667, tit. 35, art. 29, 32 e 37.

CCCCVIII. L' ordinanza del 1667 aveva autorizzato il ricorrente per ritrattazione a presentare, sotto il titolo *di ampliazione*, i novelli mezzi ch' egli avesse scoperti senz' assoggettarlo benanche ad un novello consulto di avvocati. In questa legge, del pari che nelle decisioni le quali, interpetrandola, avevano permesso a norma delle circostanze di cumulare i mezzi del merito con quelli del ricorso per ritrattazione, eravi una contraddizione, perciocchè, da una parte, l'autorità della cosa giudicata non poteva essere impugnata che in certi termini e con grandi precauzioni, mentre dall' altra parte potevasi, anche dopo il termine, e senza alcuna forma, rivenire benanche contro siffatte sentenze.

In tal modo aprivasi vasto campo a procedure voluminose ed intralciate le quali erano quasi sempre la conseguenza dei ricorsi per ritrattazione. Il nostro articolo distrugge questo abuso, disponendo che i mezzi dedotti coi ricorso per ritrattazione, sono i soli che sia permesso di discutere all' udienza o per iscritto. — (*Esposiz. dei motivi*).

1790. *Se si scoprissero dei mezzi di ricorso per ritrattazione diversi da quelli enunciati nel consulto, potrebbonsi dedurre con un semplice atto dietro un secondo consulto?*

In forza degli art. 29 e 31 dell' ordinanza l' attore il quale scopriva novelli mezzi di ricorso per ritrattazione poteva, come abbiam detto, proporli con un gravame che chiamavasi *ricorso di ampliazione*, potendolo esibire anche nel corso dell' aringa. Pigeau, tom. 1, pag. 630, pretende che ciò si possa fare benanche oggidì, ma con un semplice atto e senza ricorso nè citazione. Ne assegna per ragione che la proposta di questi novelli mezzi è una dimanda incidente, perciocchè ha per oggetto *di fare delle aggiunzioni* alla dimanda principale, onde esercitare un dritto verificato dopo siffatta dimanda. Ma sembraci risultare dall' esposizione dei motivi, nel passo che forma il commentario dell' articolo, non essere stata idea del legislatore accordare tale facoltà la quale, in ultim' analisi, darebbe i medesimi risultamenti del ricorso per ampliazione, ricorso che è stato proscritto per accelerare e rendere semplice la procedura. — (*Ved. Berriat Saint-Prix p.* 461, *not.* 43.)

Art. 500 † 564. *La sentenza che rigetta la dimanda per ritrattazione, condannerà l' attore alla multa ed ai danni ed interessi determinati dall' art.* 494 † 556, *senza pregiudizio de' maggiori danni ed interessi che potessero competere* (1).

Ordin. del 1667, tit. 35, art. 39 — supra, art. 494 infra, art. 511

1791. *Il deposito della multa fatto uniformemente all' art.* 494 *debb' essere restituito, se la parte che l' avea fatto coll' intenzione di produrre ricorso non l' avesse più prodotto?*

Siffatta quistione fu risoluta per l' affermativa, con un' arresto della corte di cassazione del 12 ottobre 1808, ma applicando le disposi-

(1) Vedi il commentario sugli art. 494 e 497.

zioni dell'ordinanza. (*Denevers* 1809 , *supplem.*, *pog.* 22). Non può dubitarsi , secondo noi , che simile decisione potrebbe adottarsi sotto l'impero del nostro codice attuale (1).

ART. 501 † 565 e 566. *Se la dimanda è ammessa , sarà rivocata l'impugnata sentenza e le parti saranno rimesse nello stato in cui erano prima della pronunziazione della medesima , le somme depositate vengono restituite , come pure tutto ciò che si fosse conseguito dipendentemente dalla della rivocatà sentenza.*

Quando questo rimedio è stato proposto per titolo di contrarietà di giudicati , la stessa decisione colla quale si è accordata la dimanda, ingiungerà che la prima sentenza venga eseguita giusta la suo forma e tenore (2) (*).

T. 90 e 92. — Ordin. , tit. 35 , art. 33 — C. di P. , art. 500.

CCCCIX. Gli effetti del ricorso per ritrattazione , allorchè è ammesso , sono di rimettere le parti nello stesso stato in cui erano prima della sentenza in tal modo impugnata. Le somme depositate per anticipazione sono per conseguenza restituite , unitamente agli oggetti della condanna di cui erasi messo in possesso la parte avversa.

Si è veduto (art. 480) che il nostro codice, al pari dell'ordinanza , dà adito al ricorso per ritrattazione nel caso di contrarietà di sentenze pronunziate in ultim' istanza per le medesime parti , sugli stessi mezzi e nelle medesime corti , o tribunali ; ma la ordinanza non diceva nè quale delle due sentenze contrarie doveva essere conservata , nè se entrambe dovevano essere annullate, circostanza che dava luogo a molte quistioni che l' art. 501 ha risoluto colla sua seconda disposizione.

1792. *Ritrattata la prima sentenza , è sufficiente , nel rescissorio , citare la parte con un semplice atto di patrocinatore a patrocinatore ?*

Che si ; primieramente perchè i patrocinatori i quali han funzionato nelle cause in cui vennero emesse sentenze definitive , sono obbligati ad agire per la esecuzione , purchè le procedure abbiano luogo nell' anno della pronunziazione; in secondo luogo, perchè la sentenza la quale accoglie il ricorso per ritrattazione rimettendo le parti nello stesso stato primiero , e davanti i medesimi giudici che hanno pronunziato la decisione rescissa , ne siegue che procedono col ministero di patrocinatori i quali hanno agito in merito — (*Ved. la decisione della corte di Tolosa , del* 29 *nov.* 1808 , *Sirey* , *tom.* 15 , *pag.* 26.)

Laonde una citazione rilasciata personalmente, o al domicilio, sarebbe nulla, tranne se i patrocinatori i quali avessero precedentemente funzionati non sieno stati rivocati.

1793. *Se la sentenza ritrattata fosse preparatoria o interlocutoria , in qual modo si applicherà la prima disposizione dell' art.* 501 *per rispetto al pagamento delle spese ?*

Si applicherà ordinando la restituzione delle spese fatte sino a questa sentenza inclusivamente. Ma non sarà giudicato sulle spese anteriori che colla sentenza che si pronunzierà nel rescissorio , poichè non può dirsi che prima della sentenza ritrattata fosse stato pronunziato sulle spese (*Rodier* , *sull' art.* 33 , *quist*, 3.)

1794. *Allorchè vi è contrarietà fra le disposizioni di una stessa sentenza , devesi ordinare che la prima disposizione fosse eseguita , nello stesso modo in cui essendovi contrarietà , fra due sentenze , ordinasi l' esecuzione della prima sentenza?*

» È questo il caso , dice Rodier , sull' art. 34 , §. 7 , che prevede la legge 118 ; *de regulis juris. Ubi pugnantia inter se in testamento juberentur , neutrum ratum est.* Trovandosi la contrarietà nella sentenza , bisogna , egli soggiunge, impugnarla col ricorso per ritrattazione , onde sostituirvi in seguito un' altra sen-

(1) Essa debb' essere egualmente restituita , quando , priachè il tribunale abbia pronunziato , l' attore esibisce una transazione fatta sul ricorso per ritrattazione — (*Decisione del governo del* 27 *nov. an.* 10).

(2) GIURISPRUDENZA.

Allorchè con decisione in grado di appello vien rigettato un ricorso per ritrattazione , e nondimeno si ordina la restituzione della multa depositata , la parte che ritira la multa in virtù della decisione , con ciò solo si rende inammissibile ad impugnarla in seguito per mezzo del ricorso per annullamento : vi ha in tal caso acquiescenza. — (*Cassaz.* 13 *termidoro anno* 12 ; *Sirey* , *tom.* 4 , *pag.* 173).

(*) Quantunque le disposizioni siano le medesime , pure a maggior chiarezza l' articolo francese 501 è stato presso di noi diviso in due distinti articoli.

tenza che non sia affetta da questo vizio, poichè non converrebbe lasciar sussistere ciò che sarebbe nella prima disposizione, ed annullare solamente quella posteriore, trovandosi entrambe nella medesima sentenza, la quale non può essere conservata in una parte e rescissa nell' altra. »

Si osserverà che la seconda disposizione dell' art. 501 consacra quest' opinione di Rodier, poichè non riportasi che *alla contrarietà di sentenza*.

ART. 502 † T. *Il giudizio nel merito della causa in cui erasi profferita la sentenza stata ritrattata si devolve allo stesso tribunale che ha pronunziato sulla ritrattazione.*

Ordin., tit. 35, art. 22.

CCCCX. Noi abbiamo osservato pag. 292, alla nota 3, che siffatta disposizione era un ritorno agli antichi principî, ai quali la legge del 18 febbraio 1791 aveva derogato; ordinando che il rescissorio fosse dedotto avanti a'giudici diversi da quelli che aveano pronunziato sul rescindente.

1795. *Se la corte di cassazione annullasse una decisione che avesse rigettato un ricorso per ritrattazione, dovrebbe questa stessa corte che ha pronunziata tal decisione, conoscere del rescissorio?*

L' art. 502 dichiara che il merito della contestazione, val dire il *rescissorio*, sarà deciso da quello stesso tribunale che giudicò sul ricorso per ritrattazione, val dire sul rescindente.

Egli è perciò che la Corte di cassazione, con arresto del 3 agosto 1809 (*Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 129) giudicò, che nel caso in cui una decisione colla quale una Corte di appello rigetta una dimanda per l'ammissione di un ricorso per ritrattazione è stata annullata, e la causa rinviata ad un' altra corte la quale ammettesse il ricorso, appartiene soltanto a quest' ultima di pronunziare sul rescissorio.

1796. *In quest' ultimo caso di annullamento per contrarietà di decisioni o di sentenze in ultima istanza, l'esecuzione della prima deve ordinarsi per mezzo dell' arresto di cassazione?*

Potrebbesi credere che siffatta quistione dovess' essere decisa per la negativa, secondo un' arresto della Corte di cassazione, del 29 marzo 1809. (*Ved. Denevers, suppl.*, *pag.* 64, *ed il novel. Repert. alla parola* riunione.) Ma Merlin, nelle sue Quistioni di dritto, alla parola *contrarietà di sentenze*, §. 2, tom. 1, pag. 500, dice che siffatto arresto non ha ordinato il rinvio se non sul motivo ch'era necessario di decidere una quistione la quale non era della giurisdizione della Corte di cassazione. Quindi sostiene che in generale questa Corte non rinvia affatto, e non è obbligata di rinviare allorchè il merito è di tal natura che vien deciso dallo stesso arresto il quale annulla la sentenza impugnata.

Perciò, allorchè vi è semplicemente contrarietà di sentenze, la Corte non potendo, secondo l'essenza stessa delle cose, annullar la seconda sentenza senza giudicare nel merito, non può farne il rinvio.

Deve dunque essa pronunziare l' esecuzione della prima sentenza.

Merlin fonda la sua opinione sugli art. 480 §. 6. 501 e 504†565 e 568 del Codice di procedura, combinati coll'art. 6. del titolo 6. della prima parte del regolamento del 1738.

ART. 503 † 567. *Nessuno può introdurre giudizio di ritrattazione, sia contro una sentenza già impugnata con questo rimedio, sia contro una sentenza che l' abbia rigettata, sia contro quella profferita sul rescissorio, sotto pena di nullità, e del risarcimento de' danni ed interessi, anche contro il patrocinatore che avendo prestato il suo ministero nella prima dimanda, lo prestasse anche nella seconda.*

Ordinanza del 1569, art. 146; del 1667, tit. 35, art. 41.

CCCCXI. Bisogna, diceva Bigot di Preameneu (*Esposizione de' motivi*), che vi sia un termine alle procedure, e se questo motivo fa rigettare i ricorsi per ritrattazione per quanto sieno ben fondati, allorchè non furono notificati nei modi e ne' termini prescritti, con maggior ragione non devesi ammettere una novella dimanda per ritrattazione, sia contro la sentenza che l' abbia già rigettata, sia finalmente contro la sentenza pronunziata sul rescissorio. E una simile procedura non solamente è nulla, ma lo stesso patrocinatore il quale, avendo agito per la prima dimanda, agisse nella seconda, è risponsabile de' danni ed interessi.

1797. *I minori possono forse produrre per una seconda volta il ricorso per ritrattazione, ne*

tre casi in cui l'art. 503 † 567 proibisce in generale questo secondo ricorso ?

Bisogna osservare che l'art. 41 dell'ordinanza del 1667 conteneva una disposizione simile a quella dell'art. 503. Intanto molti giureconsulti avvisano, mal grado la generalità di questa disposizione, che dessa non sia applicabile al minore il quale, dopo il rigettamento del primo ricorso per ritrattazione, scovrisse novelle eccezioni di minorità non difesa, ovvero non validamente difesa. I compilatori del progetto del Codice di procedura avevano voluto consacrare siffatta opinione. (*Ved. questo progetto, art.* 497.) Duparc-Poullain, sotto l'impero dell' ordinanza (*ved. tom.* 10, *pag.* 981), osservava che la generalità dell'art. 41, il quale non faceva alcuna eccezione, e le vedute del legislatore tendenti a terminare celeramente le liti, dovessero vincerla sulla decisione che abbiam testè riportata. E oltre a che siffatta osservazione applicasi perfettamente all'art. 503 del Codice attuale, se si rifletterà che il Consiglio di Stato rigettò la disposizione dell'art. 497 del progetto, si rimarrà convinto che l'art. 503 non ha inteso fare alcuna eccezione in favore de' minori. Essi sono evidentemente compresi sotto queste espressioni generali, *niuna parte*. — (*Ved. Pigeau tom.* 1. *pag.* 634 e 637, *ed il Prat. tom.* 3. *pag.* 336).

1798. *Ma se dopo il rigettamento del ricorso per ritrattazione, si scovrisse un dolo, una falsità ovvero l'occultazione de' documenti, potrebbesi almeno in questo caso produrre un secondo ricorso per ritrattazione?*

Pigeau sostiene l'affermativa (*v. ubi supra pag.* 637), traendo argomento per induzione dalle disposizioni degli art. 338 e 382. Noi crediamo che la generalità delle parole dell'art. 503 respinga siffatta opinione, e ci fondiamo sul passo delle Esposizioni de' motivi già riportato sul commentario del presente articolo: « Bisogna che diasi un termine alle proce- » dure, e se questo motivo *fa rigettare i ricorsi* » *per ritrattazione* PER QUANTO SIENO BEN » FONDATI, allorchè non furono notificati » nelle forme e ne' termini prescritti, *a mag-* » *gior ragione* non devesi ammettere una no- » vella dimanda per ritrattazione, sia contro » la sentenza già impugnata con questo gra- » vame, sia in fine contro la sentenza pronun- » ziata sul rescissorio ».

1799. *Colui contro del quale è ammesso il ricorso per ritrattazione, può avvalersi di siffatto gravame contro la sentenza, se vi ha luogo ?*

Pigeau, *ubi supra*, crede che l'art. 503 vieta soltanto il ricorso per ritrattazione a colui che ha già sperimentato siffatto gravame sul quale è rimaso succumbente.

Berriat Saint-Prix, pag. 452 not. 18, opina che le parole, *niuna parte*, rendon dubbia questa decisione. Ma noi osserveremo che queste parole non potrebbero rimanere isolate dallo insieme dell'art. 503 il quale sembraci stabilire chiaramente, colle ultime sue espressioni, che il ricorso per ritrattazione è stato vietato nel solo caso in cui se ne sia prodotto un altro. Or quando è formato dalla parte contro la quale fu ammesso un primo ricorso, esso non è per parte di costei che una prima dimanda. Tale è benanche l'opinione di Lepage, nelle sue quistioni pag. 340; e tale è quella che Rodier sembra dare sull'art. 41 delle ordinanze 1. quistione.

ART. 504 † 568. *Per contrarietà di giudicati inappellabili fra le stesse parti e su i medesimi punti di quistione pronunziati in diversi tribunali, vi è il ricorso per annullamento, l'istanza è proposta e giudicata in conformità delle regola e de' metodi che sono proprî alla corte di cassazione* (1).

Supra, art. 480 e 501, 2. disposizione.

(1) GIURISPRUDENZA.

Le sentenze pronunziate in appello successivamente da un antico tribunale di distretto, e dopo l'organizzazione fatta dalla legge del 27 ventoso, anno 8, da un tribunale di appello che ha preso il luogo di questo tribunale, reputansi come profferite dalla stessa corte; per la qual cosa se vi è contrarietà tra questi giudicati, vi è luogo a ricorso per ritrattazione, e non ricorso per annullamento. — (*Cassaz.* 21 *maggio* 1816; *Sirey, tom.* 16, *pag.* 280.)

Modello di consultazione in favore del ricorso per ritrattazione.

Il consiglio de' sottoscritti avvocati, a cui sono stati esposti i seguenti fatti;

Paolo proprietario essendo morto, ha lasciato un eredità, parte mobile e parte immobile, e per suo soli eredi i due suoi nipoti, Pietro, minore, e Luigi, maggiore.

L'inventario fatto dopo la sua morte dimostra che nelle carte lasciate in confuso, se n'è trovata una in forma di testamento olografo, firmata Paolo, nella quale si dice, che quest' ultimo istituisce Giovanni suo legatario universale.

Giovanni ne chiese l'esecuzione avanti il tribunale di prima istanza del dipartimento della Senna, contro Andrea tutore di Pietro, solamente. Andrea, non credendo falso questo testamento (come è stato dichiarato in appresso in favor di Luigi), non lo ha impugnato, ma ha solo sostenuto ch'era stato tacitamente rivocato, 1. perchè vi erano in calce di detto testamento delle cose estranee al medesimo; e perfino agli affari di Paolo, 2. perchè si era trovata mal piegata come una carta di cui non si faceva caso, e confusa tra tutte le altre carte di questa specie. Andrea in conseguenza conclude, per queste due circostanze, che Paolo avea rivocato questo testamento: tuttavia con sentenza del 2 gennaio 1807, la sua pretensione fu rigettata e fu ordinata la esecuzione del testamento.

Andrea appellossi: durante il giudizio di appello Pietro fu emancipato, Germano fu destinato per curatore di lui: intanto si proseguì il giudizio a nome di Andrea suo tutore, ed al 1 maggio 1807 fu pronunziata una decisione contro di lui in questa qualità, che confermò la sentenza; tal sentenza fu notificata al solo Andrea a 8 maggio.

Pietro divenuto maggiore ebbe notificata il dì 7 giugno, giorno di domenica, la decisione. Inoltre l'usciere non fece nell'atto menzione della sua patente.

Posteriormente alla decisione del 1 maggio, Giovanni dimandò l'esecuzione contro Luigi, maggiore, altro erede fin allora non molestato: questi non riconobbe il testamento: egli articolò 1. che era un progetto di testamento trasmesso a Paolo da Gilberto suo amico; 2. che Paolo, supponendo che bastasse firmarlo, lo firmò; 3. che quindi avendo saputo che lo scrivesse egli stesso, ed avendo cangiato di parere, gettò il progetto tra le carte di scarto e di niun conto. Ne fu ordinata la verificazione, per mezzo di periti e di testimoni: quest' ultimi deposero su tali fatti, ed i periti dissero, che il testamento era firmato da Paolo, non già scritto di sua mano; in conseguenza con sentenza del 4 luglio passato, fu rigettata la dimanda di Giovanni; e tal sentenza fu confermata con decisione del 5 del passato novembre.

Lette 1. la sentenza del 1 maggio; 2. la notificazione del dì 8 fatta ad Andrea, 3. Quello del 7 giugno fatta a Pietro, 4. la decisione del 5 novembre ultimo pronunziata a favor di Luigi; siamo di parere potersi proporre il ricorso civile pe' seguenti motivi.

Il primo motivo è la violazione della forma: motivo ammesso dell'art. 544 del codice di procedura.

Due specie d'infrazione sono state commesse; l'una prima, l'altra nella stessa sentenza.

La violazione commessa prima della sentenza consiste nell'aver il sig. Andrea, mentre avea cessato dalla tutela, continuato a procedere per lo minore, mentre spettava a costui ed a Germano suo curatore di procedere per lui. L'azione diretta da Giovanni era in parte immobiliare, poichè la eredità era composta di mobili e di stabili. Ora, l'art. 405 del codice civile dice, che il minore emancipato non potrà difendersi in un azione immobiliare senza l'assistenza del suo curatore.

La violazione commessa nella sentenza è 1. che in essa si contiene, è vero, la qualità di procuratore generale, ma non in di lui nome, come prescrive l'art. 235 del codice di procedura; 2. che in sentenza non contiene la indicazione del domicilio di Giovanni, come lo prescrive il detto articolo; 3. in fine che il minore vi è rappresentato da Andrea, mentre dovea stare in giudizio egli stesso col suo curatore.

Il secondo motivo consiste nel non essere Pietro stato difeso; motivo ammesso dall'art. 545 del codice di procedura.

Di fatti, ammettendo che Andrea fosse ancora quello che più non era, il difensore del minore, dovea il minore istesso unitamente al suo curatore impugnare il preteso testamento. Se lo avesse fatto, ne sarebbe stata ordinata la verificazione; e questo preteso testamento, si sarebbe riconosciuto non essere di Paolo, come è stato giudicato relativamente a Luigi, e si sarebbe quindi rigettato anche relativamente a Pietro. Dunque questa omissione dimostra che si è ommessa una parte essenziale della difesa di Pietro.

Il terzo motivo stabilito dell'art. 544, consiste nell'essersi giudicato sopra un documento dichiarato falso dopo la sentenza.

Questa sentenza del 1 maggio non ordinò il rilascio se non perchè allora il preteso testamento era riconosciuto per vero; ma di poi fu dichiarato falso, in seguito di una verificazione, con sentenza del 5 del passato novembre; vi è dunque un giusto motivo di ritrattazione.

Pietro non può temere che gli si opponga la inammissibilità della dimanda per non aver reclamato entro i tre mesi dalla notificazione della sentenza, la quale è del 7 giugno; quella notificazione essendo nulla, la sentenza dee ritenersi come non notificata, ed il termine invece di essere spirato non è neppure cominciato.

Questa notificazione è nulla 1. perchè fatta in giorno di domenica, mentre l'art. 1114 del codice dice, che veruna notificazione potrà farsi nè giorni di festa legale, senza la permissione del giudice: non vi era questa permissione; dunque fu irregolare; 2. perchè l'usciere nell'atto della notificazione non ha fatto menzione della sua patente, come è ordinato sotto pena di nullità dall'art. 1. della legge del 6 fruttidoro, anno 4, e dall'art. 2. di quella del 7 nevoso anno 7: il primo vuole che si faccia tal menzione sotto pena di

nullità; il secondo ingiunge agli uscieri di enunciare ne loro atti la loro patente, come lo prescrive la legge del 6 fruttidoro, e per conseguenza sotto pena di nullità.

Deliberato a . . . dagli sottoscritti avvocati ai . . .
Firmati . . .

Modello d' istanza per citare in ritrattazione.

A' signori presidenti e giudici della corte di appello (*o del tribunale di prima istanza*) sedente in . . .

Pietro proprietario dimorante in . . . rispettosamente dimanda.

Che vi degniate, visto 1. il consulto qui annesso scritto in. . . a dì . . . da' signori . . . avvocati presso la corte, legalmente registrato li . . . da . . . che ha ricevuto . . . pel qual consulto i suddetti avvocati furono di parere, pe' motivi in esso enunciati, che il richiedente fosse ammessibile, ed avesse fondata ragione di proporre ricorso civile contro la decisione che la corte pronunziò il primo maggio contro di lui in favor del sig. Giovanni, proprietario, dimorante in. . . . strada . . . con quale decisione confermò una sentenza emessa dal tribunale di prima istanza di . . ., del 2 gennaio prossimo passato, la quale avea ordinato il rilascio in favore del predetto sig. Giovanni del legato universale che pretendeva a lui fatto con un supposto testamento dal signor Paolo, del quale il richiedente è erede per la metà; 2. la ricevuta rilasciata dal ricevitore dell' ammenda del deposito della multa in favore dello Stato, e de' danni ed interessi a favore del suddetto sig. Giovanni;

Di permettere al richiedente di far citare il detto signor Giovanni a comparire fra il termine legale, per sentir ordinare che il presente ricorso civile si è ammesso, e ciò facendo, che la sentenza del primo maggio prossimo passato sia rivocata, e le parti rimesse nello stato medesimo in cui erano prima della detta sentenza; ed in conseguenza, che le somme depositate vengano restituite al richiedente, al che fare, sarà il ricevitore de' suddetti depositi costretto, anche con l' arresto personale, e facendolo ne resterà assoluto e liberato.

Modello di citazione per la ritrattazione.

L' anno ec. in virtù dell' ordinanza del presidente della reale corte sedente in . . . del dì . . . legalmente registrata da . . . che ha ricevuto . . . e ad istanza del signor . . . per lo quale si elege domicilio in casa del signor . . . patrocinatore presso la suddetta corte, domiciliato strada . . . ch' egli costituisce sulla presente dimanda; Io . . . usciere . . . ec. ho citato il sig. Giovanni ec. a comparire fra il termine di otto giorni all' udienza e davanti la reale corte sedente in . . . prima camera, per la discussione de' motivi esposti nel ricorso come sopra, e quindi sentir aggiudicare all' attore le conclusioni in essa contenute, e sentirsi condannare alle spese, ed ho al detto sig. Giovanni, parlando come sopra, lasciata copia tanto del suddetto ricorso, del consulto, della ricevuta dell' ammenda in esso enunciate, quanto della presente.

Modello di ricorso civile incidente.

Ai signori presidente e giudici componenti la corte reale di . . .

Paolo proprietario, ha l' onore di esporre che essendo egli di minore età, il sig. Luigi suo tutore fu citato dal sig. Pietro innanzi il tribunale di . . . pel pagamento di 6000 ducati che pretendeva di aver prestati al padre dell' esponente di cui questi è erede. Il sig. Pietro non avendo alcun titolo, è stato rigettato dalla sua dimanda con sentenza del dì . . . Sull' appello che ha interposto, egli ha sostenuto che questo prestito era provato da una lettera del padre dell' esponente del . . . colla quale il padre istesso dimandava a lui un prestito di ducati 6000. Ha sostenuto che risultava da questa lettera un principio di pruova scritta, ed ha dimandato di essere ammesso alla pruova testimoniale del preteso prestito. Il sig. Luigi tutore dell' esponente, non avendo opposta cosa alcuna a tale dimanda, e non essendo neppure comparso, venne emessa una sentenza contumaciale contro il patrocinatore, la quale; senza la preventiva comunicazione al pubblico ministero, ordinò che si facesse la pruova coi testimoni. Spirato il termine di otto giorni dell' opposizione per parte del sig. Luigi, tutore, il sig. Pietro fece la sua pruova.

L' esponente ha interesse di rivocare questa sentenza, perchè se il sig. Pietro viene spogliato del beneficio che ne risulta in suo favore, l' esame cade di se medesimo, e tutto si riduce alla lettera surriferita, la quale non costituendo principio di pruova, come si dimostrerà ben tosto non si può impedire la conferma della sentenza ottenuta dall' esponente.

La detta sentenza non può essere rivocata in grado di opposizione, poichè il sig. Luigi ha trascurato di servirsi di questo mezzo, nel tempo prescritto e non può esserlo che sul ricorso civile.

L' esponente propone due motivi: il primo emerge dall' art. 544, perchè non vi è stata alcuna comunicazione al pubblico ministero, e la sentenza è stata pronunziata contro l' esponente, a cui favore era ordinata dall' art. 177.

Il secondo emerge dall' art. 245 perchè l'esponente minore non è stato difeso.

Di fatti, il tutore poteva, prima e dopo pronunziata la sentenza, formare una opposizione e dimostrare, che la lettera del padre non era una pruova, e che perciò non vi era luogo alla pruova testimoniale.

Che cosa è un principio di pruova in iscritto? Dice l' art. 1304 del Codice civile, che si ha per tale qualunque scrittura che derivi da colui contro il quale si propone la dimanda, o da colui ch' egli rappresenta, e che rende verisimile il fatto allegato.

Or, la lettera prova bene la dimanda del prestito; ma non rende però il prestito verisimile. Si può chiedere ad uno che ci presti, senza che ci venga prestato. Acciocchè rendesse il fatto verisimile, bisogne-

rebbe che fosse posteriore al fatto, che se non l'enunciasse espressamente contenesse almeno alcune espressioni, le quali dessero luogo a credere che fosse avvenuto: per esempio, se dicesse che il padre dell'esponente ha ricevuto quando gli è stato mandato, o che il favore fattogli gli è stato utile, o qualche altra specificazione, infine, che potesse applicarsi ad un prestito; ma una lettera anteriore ad un fatto non istabilisce la verosimiglianza che questo fatto abbia avuto luogo.

Se il tutore avesse fatto valere queste ragioni, non sarebbe stata pronunziata la sentenza.

E siccome la omissione di queste ragioni dimostra che l'esponente, allora minore, non è stato difeso, così egli ha un interesse, un dritto di reclamare col ricorso civile, contro la decisione del dì . . .

Ciò considerato, signori, vi prego che vi degniate ammettere il presente ec. (*il rimanente come nelle conclusioni surriportate*). E con la presente vien data copia tanto del consulto fatto da' signori avvocati a dì . . ., legalmente registrato in . . . . sotto il dì . . . contenente i motivi come sopra, non meno che dell'ammenda e de' danni ed interessi, fatto . . .

Modello di difesa contro il ricorso civile in principale.

Il sig. Giovanni convenuto in virtù della citazione del dì . . Contro il sig. Pietro, attore per gli oggetti della suddetta citazione:

Deduce in sua difesa contro il ricorso civile, contenuto in detta citazione, che tale dimanda è nulla, non ricettibile e mal fondata.

I. *Il ricorso è nullo.*

Due nullità:

Prima nullità: il ricorso non è stato notificato al domicilio del signore Giovanni, come lo prescrivono sotto pena di nullità gli art. 172 e 165 del codice di procedura; ma lo è stato in vece nel domicilio eletto da lui per un precetto in suo nome al sig. Pietro, in virtù di una ordinanza esecutoria ottenuta sulla sentenza del primo maggio prossimo passato.

E vero che l'art. 674 del codice di procedura, dopo di aver detto che il precetto conterrà la elezione del domicilio, sino alla fine della procedura, nel comune dove si deve la esecuzione, se il creditore non vi abita, aggiunge che il debitore potrà fare in questo domicilio eletto tutte le notificazioni, eziandio di offerte reali e di appello.

Ma due risposte si presentano all'idea contro l'indicazione che vorrebbesi desumere da tale articolo.

1: L'articolo permette di notificare l'appello, ma non di notificare un ricorso civile, *qui dicit de uno, negat de altero.*

2. L'art. 556 dopo aver detto che il ricorso civile sarà fatto con citazione nel domicilio del patrocinatore della parte che ha ottenuto la sentenza contro di cui si reclama, qualora il ricorso si produce fra i sei mesi dalla data di essa, aggiunge che, spirato questo termine, la citazione sarà fatta al domicilio della parte, come lo prescrivono in tesi generale sotto pena di nullità gli art. 262 e 165.

Seconda nullità; la dimanda non contiene i motivi su cui si fonda, come lo prescrive sotto pena di nullità l'art. 454.

Il ricorso è per tali circostanze nullo; ma quando anche non lo fosse, desso neppur sarebbe ricettibile.

II. *Il ricorso non è ricettibile.*

Due motivi d'irricettibilità.

Primo motivo; la dimanda è stata proposta a 9 dicembre, cioè più di sei mesi dopo la notificazione della sentenza fatta nella maggior età del sig. Pietro nel dì 6 giugno, mentre, giusta l'art. 548, doveva farsi fra i tre mesi.

In verità dall'esposizione de' fatti che trovansi nel proemio della consultazione data al sig. Pietro si vede che s'intende sostenere la nullità di tale notificazione, perchè fatta in giorno di domenica e perchè l'usciere non ha fatto menzione della sua patente: dal che si conclude, che i termini prescritti non sieno decorsi.

Malgrado ciò si dimostrerà che questa notificazione fu valida.

L'originale della notificazione e la copia portano effettivamente la data del dì 7; ma chiaro apparisce essere un errore dell'usciere, stante che la data del registro è del giorno 6, e l'atto è iscritto in detto registro sotto questa istessa data.

D'altronde quando anche si fosse eseguita nel dì 7; non vi sarebbe perciò alcuna nullità, giacchè il Codice non ne pronunzia per gli atti fatti ne' giorni di festa legale, e l'art. 1106 dice, che verun atto può essere dichiarato nullo, se la nullità non è formalmente pronunziata dalla legge.

In quanto alla omessione della menzione della patente, essa non è causa di nullità, come risulta dalle leggi del 6 fruttidoro, anno 4.; art. 18, e del 1. brumaio anno 7., art. 37.

È dunque ben dimostrato che la notificazione del dì 6 giugno è valida; e siccome di poi sono passati più di tre mesi, è certo che il primo motivo d'inammessibilità proposto contro il signor Pietro, risultante dal non aver reclamato fra i tre mesi è ben fondato.

Secondo motivo d'inammissibilità non meno fondato del primo. Desso risulta dall'art. 558 e 559. Esige il primo il deposito dell'ammenda innanzi che sia presentato il ricorso civile; il secondo; esige che la quietanza del ricevitore sia inserita in fronte della dimanda. Il signor Pietro non ha fatto il deposito: onde il suo ricorso non deve essere ammesso: supponendo che lo abbia fatto, non ha notificata la ricevuta al sig. Giovanni; pertanto è come se il sig. Pietro non avesse fatto deposito, giacchè non lo prova: e però fatto il deposito non deve essere ammesso.

Poichè dunque il ricorso civile è nullo e non ammessibile; il sig. Giovanni potrebbe qui fermarsi; non ostante vuol dimostrare solo sussidiariamente, che

quando anche fosse valido ed ammessibile, dovrebbe essere sempre rigettato, perchè mal fondato.

III. *Il ricorso civile è mal fondato.*

Il ricorso civile è fondato su tre pretesi motivi, quindi dimostrando che ciascuno di essi non esiste, si proverà che il ricorso civile è senza fondamento.

Il primo motivo è l'infrazione delle forme. Il signor Pietro pretende che vi sieno due sorte d'infrazioni, l'una prima, l'altra dopo la sentenza.

Quella che pretende essere stata commessa prima della sentenza, consiste in ciò, che sebbene il signor Andrea non fosse più tutore di lui, non ostante il signor Giovanni ha proceduto contro di lui, in vece di procedere contro il signor Pietro medesimo allora emancipato ed il suo curatore.

La risposta emerge dall'art. 439 del codice di procedura, che dice, che nè il cangiamento di stato delle parti, nè la cessazione delle funzioni con cui esse procedono impediscono la continuazione della procedura. Così, che il tutore del signor Pietro avesse terminato le sue funzioni, ciò era indifferente col signor Giovanni, il quale, ignorando questa cessazione, ugualmente che la emancipazione e la nomina del curatore, non ha dovuto conoscer sempre altro che il tutore, e non procedere che contro di lui.

L'infrazione ch'ei pretende essere stata commessa nella sentenza è, 1. che il nome del procurator generale non vi è, come lo comanda l'art. 232, ma vi è la sua qualità e ciò è bastante per adempire lo scopo della legge, la quale non ha voluto esigere altra pruova, se non che la causa sia stata comunicata al pubblico ministero, e che questo vi abbia interposto la sua parola, 2. che l'abitazione del signor Giovanni non è indicata nella sentenza come vuole lo stesso articolo: ma era ben nota al signor Pietro essendo indicata negli atti precedenti.

Dall'altro canto una risposta comune a queste due omissioni, si è che l'enunciazione del nome del procuratore generale, e dell'abitazione delle parti non sono forme prescritte sotto pena di nullità, giacchè l'art. 233 non pronunzia nullità veruna per le sudette omissioni; che per l'art. 1106 non vi è nullità che non sia espressamente pronunziata e che l'art. 544 vuole, che affinchè la violazione delle forme sia un motivo di ritrattazione è uopo che sieno state violate le forme prescritte sotto pena di nullità.

Di questo primo motivo non si deve dunque tener conto.

Similmente del secondo. Esso consiste in ciò di non essere stato il signor Pietro difeso, sol perchè non si è impugnato nel suo interesse il testamento; se lo avesse fatto ne sarebbe stata ordinata la verificazione, e sarebbe stato provato, come fu fatto di poi dal sig. Luigi coerede del sig. Pietro, che il testamento non era del sig. Paolo. Ma è facile il distruggere questo motivo.

Se il tutore, e quindi il sig. Pietro ed il suo curatore non hanno negato di riconoscere il testamento, e lo hanno riconosciuto per vero, come lo è effettivamente, in vano si allega come i periti avendolo dichiarato non scritto di mano di Paolo per riguardo a Luigi, lo avrebbe in ugual modo dichiarato tale a riguardo di Pietro; per lo che non sarebbe stato condannato, e perciò non è stato difeso. È facile il negare questa pretensione.

L'arte de' calligrafi, come ognuno sa, e puramente congetturale. Sovente si son veduti nelle materie civili e criminali proclamare gli uni il delitto gli altri l'innocenza; decider questi che uno scritto era visibilmente di una persona, ed altri pronunziare solamente non lo era. Si consulti le Vayer nel suo trattato *della pruova per confronto di scrittura*, non che gli scrittori in questa materia, ed i decisionisti, e vi si raccoglieranno mille dimostrazioni di sì trista verità; che nulla è minor certo della decisione data da' professori galligrafi; epperò le nostre antiche leggi, e particolarmente la ordinanza del 1737 sul falso, non meno che la nuove, val dire il codice di procedura art. 309 hanno riconosciuta l'anzidetta verità, allorchè hanno disposto che sebbene un documento sia stato verificato, si può impugnarlo con la iscrizione in falso; disponendo ancora coll'art. 294, che il giudice non può prendere per documenti di confronto quell'impugnati, o non riconosciuti da una delle parti o riconosciuti come suoi.

Il sig. Pietro pertanto non deve trarre argomento da quanto ha avuto luogo riguardo al sig. Luigi: egli è vero che la verificazione è stata in di lui favore: ma ciò non prova che il testamento sia falso. Se il sig. Pietro non lo avesse riconosciuto, ne sarebbe stata ordinata la verificazione, e questa volta il risultamento invece di essere contro il sig. Giovanni, avrebbe potuto essere in suo favore; imperciocchè si avrebbe dovuto ordinare la verificazione non ostante la sentenza che avea deciso in favore di Giovanni, che il testamento in quistione non era di mano del sig. Paolo, a motivo che, giusta l'art. 1305 del codice civile le sentenze non fanno autorità se non tra le parti per cui sono state pronunziate. Non si può dunque dire che siasi omessa una parte essenziale della difesa del sig. Pietro, omettendo di non riconoscere il testamento: e bisogna escludere questo secondo motivo egualmente che il primo.

Il terzo motivo lo deve essere similmente. Esso è fondato sulla circostanza che la sentenza è stata pronunziata sopra un documento dipoi dichiarato falso giudizialmente dietro la verificazione fattane nell'interesse del sig. Luigi.

Per dimostrare che la sentenza pronunziata in favore del sig. Luigi non ha dichiarato falso il testamento, basta rammentare i principî sulla cosa giudicata.

Sebbene i giudici in ultima istanza possono errare o essere tratti in errore; non pertanto la necessità di mettere un termine alla lite, ha fatto ammettere in tutt'i tempi ed in tutte le legislazioni che quando hanno pronunziata la loro decisione passerebbe per una verità costante, perchè è possibile che i giudici abbiano errato, ma solamente deve ritenersi come una verità tra le parti.

Quindi, ancorchè i giudici abbiano deciso, per esempio, che un tal individuo non sia debitore, mentre lo è realmente, nondimeno dovrà considerarsi come se non lo fosse.

Ma la regola, che la cosa giudicata si considera come una verità, non ha luogo se non tra coloro che sono stati in giudizio; perchè il motivo che l' ha fatta stabilire, nascente appunto dalla necessità di mettere un termine alla lite, non è applicabile che alle parti istesse. Essa non ha luogo nè contro nè in favore de'terzi: non contro, perchè sarebbe facile di nuocer loro facendo fraudolentemente pronunziare una sentenza; non in favore, perchè se non è giusto di opporre loro una sentenza che sia loro contraria, la legge della reciprocità non permette ai medesimi di profittare di una decisione favorevole alle loro pretensioni.

La verità risultante da una sentenza non è dunque una verità generale, ma una verità particolare, ristretta solamente tra coloro che vi hanno avuto parte. In quanto agli altri essa non ha alcun valore.

Applichiamo questi principj al caso.

Dacchè una sentenza pronunziata tra i signori Giovanni e Luigi ha deciso che lo scritto presentato come testamento del sig. Paolo non era il suo testamento, non ne risulta che questo scritto sia falso, come lo pretende il sig. Pietro, ma solamente che non è un testamento in favore del sig. Giovanni contro il sig. Luigi: non ne risulta che lo scritto possa essere dichiarato testamento in favore di un altro, contro il sig. Luigi medesimo, o contro di un altro erede, o in favore del sig. Giovanni medesimo contro un altro erede. Così, per esempio, se il testamento in quistione contenga un legato particolare in favore del sig. Dionisio, questi potrebbe dimandarlo; e se gli si opponesse la verificazione fatta col sig. Giovanni, altro legatario, e la sentenza pronunziata contro di costui, questi potrebbe rispondere che tutto ciò gli è estraneo, e che costituisce verità soltanto tra Giovanni e Luigi e non riguardo a lui. Nello stesso modo, se il signor Giovanni, dopo di esser rimasto soccumbente a fronte del sig. Luigi, va contro il sig. Pietro, altro erede, questi non può opporgli la sentenza pronunziata in favore del sig. Luigi, perchè non ne risulta che lo scritto possa essere dichiarato testamento in riguardo al sig. Pietro e tutti gli altri; come nel caso in cui fosse stato dichiarato testamento in favore del sig. Luigi, non ne seguirebbe che lo fusse relativamente al sig. Pietro, il quale potrebbe far decidere che non lo sia.

È vero che se il sig. Luigi invece di limitarsi a dichiarare di non riconoscere lo scritto; il che diede occasione alla semplice verificazione dello scritto medesimo, si fosse inscritto in falso, avrebbe fatto dichiarare falso lo scritto, non solamente egli stesso, ma ogni altro, e per conseguenza il sig. Pietro ancora, potrebbero dire, che la verità che risulta da tale sentenza non è una verità particolare, ma una verità generale e comune a tutti; e che perciò, l'atto essendo falso per lui, e la condanna pronunziata contro di lui essendo appoggiata su quest' atto, vi è motivo alla ritrattazione.

Ma è ben altrimenti quando lo scritto è stato rigettato perchè non riconosciuto, dopo una semplice verificazione di scrittura.

Donde nasce questa diversità? Da quella che esiste tra una verità derivante da una sentenza pronunziata sulla iscrizione in falso, e la verità derivante da una sentenza pronunziata su di una verificazione.

Allorchè la sentenza è pronunziata su la iscrizione in falso, siccome dessa vien preceduta da una rigorosa istruzione che garentisce non esservi tra le parti veruna collusione in pregiudizio de' terzi, e che la loro imperizia o negligenza non ha arrecato pregiudizio alcuno allo sviluppamento della verità, il risultato della sentenza è una verità non solo per coloro che vi sono stati parte, ma benanche pe' terzi; e l'atto dichiarato falso o vero, è falso o vero pe' terzi e per le parti stesse, come decide l'art. 309 del codice di procedura, il quale, permettendo l'iscrizione in falso anche quando il documento è stato verificato coll' attore o col convenuto, non lo permette se non in quanto che siffatta verificazione sia stata eseguita per altro oggetto diverso da quello di una procedura di falso principale o incidente.

Non così però quando la sentenza è pronunziata sopra una semplice verificazione. Siccome la istruzione non interessa il pubblico ma solamente le parti, il pubblico ministero non vi assiste: il giudice il quale non vede che l'interesse delle parti, non può rimediare nè alla loro collusione, nè alla loro negligenza, perchè ad esse incumbe sostenere i proprj dritti; egli li abbandona a loro medesime, perchè a loro sole aspetta vegliare pe' proprj interessi; ed in conseguenza il risultamento di questa sentenza, non può essere verità se non per loro, e non pe' terzi; altrimenti sarebbe facile, per collusione, imperizia o negligenza, nuocere loro in guisa che, se l'atto è dichiarato non essere di colui al quale si attribuisce, sarà considerato come tale soltanto tra le parti; e per riguardo a' terzi non potranno opporre la suddetta sentenza, nè prevalersene, e la quistione rimarrà nella sua integrità relativamente ad essi; talmente che sopra una nuova verificazione, l'atto suddetto potrà rispetto a loro essere giudicato di colui al quale viene attribuito, sebbene precedentemente, in riguardo ad un altro, sia stato giudicato non esserlo.

Da tutto ciò risulta che il testamento in quistione non è falso tra il sig. Giovanni ed il sig. Pietro; e che perciò la decisione non è stata fatta sopra un documento falso, e che non vi è adito perciò al ricorso civile.

Devesi tanto meno incontrar difficoltà di così decidere, perchè se il testamento fosse falso, come lo pretende il sig. Pietro, potrebbe farlo giudicar tale, ed ottenuta la dichiarazione di falsità, avrà allora motivo di ritrattazione. In vero il sig. Pietro non può più impugnare questo testamento, nè dimandarne la verificazione; perchè avendolo riconosciuto vero, il testamento rispetto a lui fa la stessa fede in un testamento autentico, giusta l'art. 1276, del codice civile; e nè la negativa, nè la verificazione possono, secondo l'art. 1278, aver luogo se non quando siasi da prima impugnato o non riconosciuto un atto che non siasi già precedentemente riconosciuto. Ma se il sig. Pietro non può nè impugnarlo nè chiederne la verificazione, gli

resta, malgrado la sua ricognizione, una via aperta non meno efficace per provare la falsità del testamento ed è quella dell' iscrizione in falso, che dall' art. 309 del codice di procedura vien permesso di prenderè, se non è stata tentata altra volta, ancorchè il documento sia stato verificato, e che siasi pronunziata una sentenza su questo documento creduto vero. Prenda pure il sig. Pietro questa via, che il sig. Giovanni gliene fa la più formale disfida, e lo attende con la maggior sicurezza. Egli dimostrerà allora, o, per meglio dire, lo dimostrerà per lui tutta la istruzione, che il testamento è vero; che quando sulla verificazione col sig. Luigi i periti hanno deciso non essere scritto di mano del sig. Giovanni, essi si sono ingannati, ed evidentemente ingannati; che perciò, la decisione che sul fondamento di questo testamento ne ha ordinata la esecuzione contro il sig. Pietro, non è stata pronunziata sopra un documento falso, bensì sopra uno vero; e che per conseguenza necessaria il terzo motivo proposto dal sig. Pietro è assolutamente mal fondato. Se per contrario il testamento sarà dichiarato falso, allora solamente vi sarà adito al ricorso civile. Il sig. Pietro ritrarrà eziandio da questo partito, se ottiene l'intento, un gran vantaggio; imperciocchè, secondo quando si è di sopra ragionato, il suo reclamo era ricettibile a motivo di non aver reclamato tra i prefissi termini; e per contrario quando riesca a far dichiarare falso il testamento, potrà proporre il suo reclamo senza che possa opporglisi la scadenza del termine, mentre per l'art. 552, il termine non decorre che dal giorno in cui è stata riconosciuta la falsità; ma finchè non siasi appigliato al partito dell'iscrizione in falso, finchè non abbia ottenuto l'intento, la sua pretensione che il testamento sia giudicato falso, e che vi sia motivo di ritrattazione, dev' essere assolutamente rigettata.

E per l' esposte circostanze, il sig. Giovanni conchiude che il ricorso civile del quale ha fatto uso il sig. Pietro contro la decisione del dì . . . sia dichiarato nullo, e subordinatamente, ed in caso di difficoltà, sia dichiarato non ricettibile, ed in fine in ogni caso sia rigettato il gravame proposto dal sig. Pietro, e sia ordinato che la sentenza del . . . sia eseguita secondo la sua forma e tenore, ed il detto sig. Pietro condannato all' ammenda di 300 ducati, e di ducati 150 per danni ed interessi a favore del sig. Giovanni, e che a pagare la detta somma di ducati 150 al detto sig. Giovanni, sarà il ricevitore depositario, se gli è stata depositata, costretto, anche coll' arresto personale, e facendolo, ne rimarrà liberato ed assoluto. Condannare in fine il detto sig. Pietro alle spese.

Modello di decisione o sentenza che rigetta il ricorso per ritrattazione.

La corte (o il tribunale) rigetta il ricorso per ritrattazione proposto dal sig. A . . . contro la sentenza, o decisione del dì . . . che sarà eseguita secondo la sua forma e tenore, condanna il sig. A . . . alle spese a favore del sig. B . . . all' ammenda di . . . e nel . . . per danni ed interessi verso il detto sig. B . . . ed al pagamento di quest' ultima, ed alla somma di . . . sarà il depositario della medesima astretto, anche coll' arresto personale, ma facendolo, ne rimarrà discaricato.

Modello di decisione o sentenza che ammette il ricorso per ritrattazione.

La corte (o il tribunale) facendo dritto al ricorso prodotto dal sig. . . . contro la sentenza del dì . . . ritratta la detta sentenza; ed in conseguenza mette le parti nello stato in cui erano prima della medesima. Ordina che la somma di ducati 400 pagati dal sig. A. . . . a B. . . . in esecuzione della detta sentenza, insieme coll' ammontare delle spese alle quali era stato condannato, sieno restituiti al detto sig. A. . . . non che l' ammenda, i danni ed interessi da esso depositati: ed a quest' ultima restituzione il ricevitore sarà obbligato, anche coll' arresto personale, e disobbligato facendolo. Condanna il sig. B. . . . alle spese.

TITOLO III.

Dell' azione civile, ossia presa a parte contra i giudici (1).

Nell' antico rito, i Giudici inferiori erano obbligati di comparire e di assistere in tutte le cause di appello per sostenere le loro sentenze (2).

Si credè in seguito, e con ragione, che fosse più convenevole impugnare la sentenza, senza permettere altra intimazione se non alla parte la quale aveva guadagnata la causa, affinchè avesse giustificato di essersi ben giudicato (3).

Ma nello stesso tempo si dovè riserbare a litiganti una risorsa contro la prevaricazione del magistrato, ed al magistrato una garentia contro la passione ed il risentimento del litigante. Da qui l'origine della *presa a parte*, ed il motivo generale di tutte le disposizioni che la regolano (4).

La presa a parte è un' azione che si accorda nei casi preveduti dalla legge, sia contro un tribunale intiero, sia contro un giudice, in riparazione del danno ch' egli avesse cagionato per abuso del suo ministero.

(1) Vedi il Codice d' istruzione criminale, lib. 2, tit. 4. cap. 3.

(2) Vedi Rodier, sul titolo 25 dell' ordinanza art. 1.; nuovo Repertorio, v. *presa a parte*; Spirito delle leggi, lib. 28, cap. 27 e 28.

(3) Da ciò la massima *factum judicis*, *factum partis*; il fatto del giudice è il fatto dalla parte.

(4) Vedi il nostro trattato sulle leggi di organizzazione e competenza, pag. 53 e 56.

Essa non costituisce affatto, come la ritrattazione e la opposizione del terzo, un ricorso contro la sentenza *onde farla ritrattare*; e se le disposizioni che la riguardano trovansi nulla di meno piazzate nel codice sotto la rubrica generale de' modi straordinari per impugnare le sentenze, egli è unicamente per lo motivo che un'azione diretta contro il giudice, a causa della decisione che ha pronunziata, è un attacco indiretto contro questa stessa decisione.

In effetti, per riuscire in siffatta azione, devesi provare l'ingiustizia che vizia la decisione e da dritto alla dimanda d'indennizzazione.

Ne siegue da cio, che nonostante il successo della presa a parte, la sentenza in occasione della quale essa fu formata, produce sempre i suoi effetti; ma soltanto la parte la quale soggiacque ad un pregiudizio ne ottiene, a titolo de'danni ed interessi, la riparazione contro del giudice (1).

Le antiche ordinanze, e quella stessa del 1667, non avevano nulla di completo nè di preciso, sia ne' casi di presa a parte, sia sull'andamento e su' risultati di quest'azione. Il codice di procedura ha perfezionata la legislazione sopra tutti questi punti:

Primamente, indicando i casi in cui ha luogo la presa a parte. — (Art. 505). (2)

In secondo luogo, dando la definizione di ciò ch'è più importante, cioè, della denegata giustizia, ed esigendo, perchè abbiasi dritto ad agire per siffatta causa, due istanze preliminari al giudice. — (Art. 506 e 507.)

In terzo luogo, indicando i tribunali i quali debbono conoscere dell'azione, sotto la condizione però di un permesso per citare il giudice. — (Art. 509, 510 e 511).

In quarto luogo, col proibire, sotto pena di multa, ogni espressione ingiuriosa contro del giudice. — (Art. 512).

(1) E per questo motivo l'azione civile non dà mai luogo a giudicare nuovamente il merito, meno che, come diremo nei casi in cui vi è luogo alla presa a parte, allorchè è fondata su di un motivo di denegata giustizia che ha impedito di pronunziarvi.

(2) Avendo la legge specificato i casi della presa a parte, ne segue che questa azione non può aver luogo sol perchè siasi *mal giudicato*.

Del resto noi ritorneremo a parlare di questa proposizione, esaminando qui appresso nella quistione 1805, se la colpa grave dia luogo alla presa a parte, come quella ch'equivale al dolo.

In quinto luogo, regolando, gli effetti del rigettamento della presa a parte, e quello della sentenza. — (Art. 513, 514, 515 e 516).

Art. 505 ✝ 569. ***I giudici possono essere presi a parte ne' seguenti casi*:**

1. *Se si pretende che o nel corso dell'istruzione o all'atto della sentenza, sia intervenuto dolo, frode o concussione*; (*)

2. *Quando l'azione contro i giudici è espressamente pronunziata dalla legge*;

3. *Se la legge dichiara i giudici risponsabili sotto pena de' danni ed interessi*;

4. *In caso di denegata giustizia*.

T. 29. — Ordin del 1498, art. 26; del 1540, art. 2. del 1579 art. 135, 143, 147 e 154; del 1667, tit. 25.— C. Civ. 3, art. 4. 2063. — C. di P. art. 49 n. 3. 83.

CCCCXII. Se i compilatori del codice avessero potuto regolarsi co'sentimenti di rispetto che ispirano, in Francia più che in ogni altra parte dell'Europa, l'imparzialità, l'esattezza e l'estrema delicatezza de' magistrati, non avrebbero neanche preveduto, dice Bigot Préameneu (*Esposizione de' motivi*), che potessero trovarsi di quelli che fossero nel caso di essere presi a parte. Ma basta che possono presentarsi esempii, comunque rari si fossero, perchè la magistratura intiera debba essere soddisfatta della esistenza di una legge severa, sotto l'egida della quale le parti offese possono ottenere il risarcimento de' danni ed interessi, o pure, secondo le circostanze, far pronunziar pene più gravi.

Se è necessario che le parti abbiano la sicurtà di ottener giustizia, anche contro de' loro proprî giudici, l'interesse pubblico esige benanche che i ministri della giustizia non fos-

(*) Secondo l'art. 196 e seguenti delle nostre leggi penali intendesi per *concussione* quando una persona costituita in carica, che ha dirito da esigere salario o indennità per conto proprio o per conto dello stato, esiga una somma maggiore per suo privato profitto.— Se per tale esazione illegale si adopera minaccia o abuso di potere contro un' individuo, la *concussione* si cangia in *estorsione*. Per giudici che ricevono offerte, promesse o doni per prezzo di ordinanza o sentenza da essi emessa, questo fatto costituisce *corruzione*. Epperò quanto va detto per la concussione è applicabile benanche per la *estorsione* e per la corruzione, salve le pene stabilite nei detti art. 196 e seguenti delle leggi penali.

sero spogliati di ogni dignità, come lo sarebbero, se i litiganti, a misura del loro risentimento e delle loro diverse passioni, avessero il dritto di obbligarli a discendere dal loro tribunale per giustificarne la condotta. Siffatto dritto farebbeci ritornare al tempo in cui, per un avvanzo di abuso ancor più grave dell'antico regime feudale, i giudici erano essi stessi responsabili delle loro sentenze.

Fra i magistrati ed i litiganti, non avvi che una sola autorità la quale possa nello stesso tempo convenire alla dignità degli uni e alla sicurezza degli altri; è questa l'autorità della stessa legge, la quale, specificando i casi in cui un litigante debba essere ammesso a tradurre in giudizio il suo proprio giudice, mette la barriera che il rispetto dovuto al magistrato deve impedire di sorpassare.

Le cause legittime di presa a parte, enunciate nel presente articolo sono il dolo, la frode o la concussione, che si pretenderebbe essere state commesse, sia nel corso dell'istruzione, sia all'epoca della sentenza.

I giudici possono del pari essere chiamati in giudizio per lo pagamento di danni ed interessi, allorchè la legge li dichiara risponsabili sotto siffatta pena. Questi casi sono limitati a quelli in cui i giudici sono inescusabili. Essi non debbono dunque nelle loro funzioni temere affatto, come uno scoglio, i rigori della legge: dessa ha una giusta confidenza nel rispetto che loro ispira.

Un fatto inescusabile, e che ha dovuto fissare l'attenzione del legislatore, era la denegata giustizia. Le regole per caratterizzarla e per procedere in questo caso contro de' giudici, sono presso a poco quelle stesse prescritte dall'ordinanza del 1667.

1800. *Gli uffiziali del ministero pubblico possono essere presi a parte? Lo possono forse senza la necessità di un autorizzazione preliminare del Consiglio di stato?*

Non eravi altra volta dubbio, come lo attestano tutt' gli autori, che le medesime cause le quali operavano la presa a parte contro i giudici potevano farla ammettere contro gli ufiziali del ministero pubblico. Oggidì, e comunque l'art. 505 del Codice di procedura parla soltanto de' giudici, si tiene egualmente per certo che i medesimi ufiziali possono essere presi a parte. Ma si è preteso che l'azione non poteva essere diretta contro di essi se non coll'autorizzazione del Consiglio di stato, uniformemente all'art. 75 della costituzione del 23 frimaio anno 8, attesochè riunivano alla loro qualità di magistrati quella di agenti del Governo. In tal modo decise la Corte di cassazione, con arresti de' 30 frimaio anno 12 e 25 *frimaio anno* 14. Ma, dice Merlin (*vedi novello repertorio*, alla *parola* presa a parte, *paragrafo* 3., *tom.* 9. *pag.* 694), siffatta giurisprudenza è virtualmente abolita dagli articoli 483 e 486 del Codice d'istruzione criminale, in quantochè essi stabiliscono le medesime procedure contro gli uffiziali del ministero pubblico e contro i giudici (*)

1801. *Si possono prendere a parte i giudici delle Corti sovrane al par di quelli de' tribunali inferiori?*

Che sì, perciocchè l'art. 505 non fa alcuna distinzione. — (*Vedi il novello repertorio ubi supra*) (1).

1802. *Allorchè la presa a parte riguarda un intero tribunale, può essere diretta contro uno de' giudici soltanto, come per esempio, contro del relatore?*

No senza dubbio, avvegnachè nell'oscurità la quale copre il secreto delle opinioni di un tribunale, niuno può permettersi alla ventura, sia di supporre ad un giudice una opinione la quale non è stata forse la sua, sia di supporre che il suo voto abbia spinto quello degli altri. Il relatore non potrà essere preso a parte che nel caso di denegata giustizia, per non aver messa la causa nello stato di esser decisa, o per aver sottratto de' documenti all'esame de' suoi colleghi. — (*Vedi il novello repertorio* ubi supra.)

1803. *La presa a parte può essere diretta contro l' erede del giudice?*

(*) Malgrado che la giurisprudenza francese abbia ritenuto che i magistrati i quali esercitano le funzioni di pubblico ministero possono essere attaccati colla presa a parte, avendone però ottenuto preventivamente il permesso dal Governo, pure a noi sembra che la legge, in quanto all'azione civile, parli soltanto dei giudici, e le cause per le quali può sperimentarsi siffatta azione non sieno applicabili agli agenti del pubblico ministero; anche perchè essi sono parte e nòn giudici.

(1) Si può egualmente procedere con questo mezzo contro gli arbitri in materia di società commerciale. poichè essi hanno il carattere di giudici. — (*Cassaz.* 8 *maggio* 1817; *Sirey*, *tom.* 17, *pag.* 247).

È principio generale che colui il quale reca danno ad un altro per delitto o quasi delitto, obbliga i suoi come se stesso a ripararlo. (*Codice d' istruz. crim.*, *art.* 2.; *Codice civile art.* 1382 †1336.) Serpillon, secondo Raviot, crede, nel suo commentario sull'ordinanza, pag. 477, che questo principio applicasi a'casi della presa a parte; ma cita una decisione del Parlamento di Dijon, che aveva giudicato il contrario, applicando le leggi romane, le quali non rendono affatto l'erede risponsabile del delitto del suo autore, tranne se ne avesse profittato, *nisi in quantum factus est locupletior* (*Vedi la legge* 16, *ff. de judiciis.*) Finalmente questo commentatore sembra decidere che la presa a parte non può validamente procedere contro l'erede, se non quando è stata intentata vivente il giudice.

Duparc-Poullain ricorda, ne' suoi principi di dritto, tom. 10, pag. 925, una decisione del Parlamento di Rennes, riportata nel Giornale di questa Corte, tom. 1. cap. 32, la quale ritiene al contrario, che l'erede di un giudice è risponsabile della sentenza, ed è tenuto a' danni ed interessi, comunque non fusse intentata alcuna azione prima della morte del giudice.

Nulladimeno, opponevasi precisamente la leg. 16, ff. de *judiciis*, ed il principio del dritto romano, secondo il quale i quasi delitti essendo personali, l'azione non poteva procedere contro gli eredi di questo giudice.

Ma quando si ammettesse che la quistione fusse suscettibile di controversie per le leggi Romane, le quali erano obbligatorie in quell'epoca, sul silenzio del dritto Comune o consuetudinario, noi crediamo che oggidì non vi sia più difficoltà, dappoichè siffatte leggi non debbono considerarsi se non come ragione scritta (*vedi la nostra introduzione generale*), ed il principio generale dapprima ricordato, si è che l'erede è risponsabile, civilmente, *di tutt' i fatti del suo autore* (*).

(*) Che l'erede sia risponsabile civilmente del fatto del suo autore, non vi ha alcuno che possa dubitarne; ma dubitiamo però di ammettere quello che sostiene il nostro autore che l'erede del giudice defunto possa esser tenuto al risarcimento dei danni ed interessi da costui cagionati, mediante giudizio di presa a parte. Ed in vero le formalità prescritte negli art. 571, 574 e 578 delle nostre leggi di procedura civile sono inapplicabili all'erede. Per la qual cosa noi crediamo, che qualora l'azione di presa a parte non sia stata introdotta vivente il giudice, non possa adoperarsi contro il suo erede per lo risarcimento de' danni, ma bisogna intentare un' azione ordinaria.

1804 *Potrebbesi prendere a parte il giudice per causa diversa da quella enunciata ne' quattro paragrafi dell' art.* 505 ?

Che nò. Non vi sono cause legitime di presa a parte se non quelle enunciate in questo articolo. (*Vedi il commentario di quest' articolo, e Pigeau, tom.* 1. *pag.* 680).

PRIMO CASO (1).

1805. *Un' errore grossolano dà forse luogo alla presa a parte come causa di dolo?*

Tutti conoscono l'assioma del dritto Romano, *lata culpa dolo aequiparatur*; ma noi osservevamo, num. 1652 della nostra Analisi, che si abuserebbe di quest' assioma, ove si autorizzasse generalmente una presa a parte sul solo fondamento di un errore madornale su di un punto di fatto o di dritto, qualora non fusse accompagnato da fatt' i quali provassero di essere stato volontario e commesso con intenzione di nuocere.

« L' aver semplicemente mal giudiato nel » merito non è un motivo di presa a parte, di» cevamo con Duparc-Poullain, tom. 10 pag. » 905, se non quando avvi una legge precisa » la quale permette a litiganti di avvalersi di » questo rimedio »

Toullier, tom. 11, pag. 167, fa osservare che questo autore aggiunge immediatamente dopo queste parole: « Ovvero che la sentenza reca » alla parte per errore grossolano del giudice, » *lata culpa*, un danno irreparabile; per esem« pio se, mal grado l'istanza della parte, ha » ammesso un cauzionante insolvibile, o or» dinato il dissequestro degli effetti legittima» mente pegnorati di un debitore, il quale ne » ha profittato per invertirli ad altro uso e dis» siparli. »

Il nostro saggio collega cita in seguito l'arresto della Corte di cassazione, del 23 luglio 1806, da noi parimenti riportato, il quale ritiene che la presa a parte può dirigersi contro il giudice istruttore per aver rilasciato un mandato di arresto, a causa di un fatto che non

(1) Vedi il codice di procedura art. 505 †569. §. 1.

aveva potuto riguardare come delitto se non per errore o colpa gravissima.

Secondo gli sviluppamenti nei quali è entrato Toullier, nella quistione presente, noi modificheremo la soluzione troppo assoluta che avevamo dato nella nostra Analisi, dicendo che l'errore grossolano non è una causa di presa parte, se non quando è accompagnato da fatti che provassero di essere stato volontario, e commesso con intenzione di nuocere. Per conseguenza, mantenendo il principio che l'aver malamente giudicato non dà affatto luogo alla presa a parte, noi vi faremo una sola eccezione per lo caso in cui è l'effetto di un'errore talmente grossolano, che non possa supporsi che un giudice imparziale vi sia diversamente incorso se non per prevenzione.

Tal' è benanche la dottrina di Duparc, che noi ammettiamo con la seguente considerazione che la determina: « val dire, essere necessario che le circostanze fossero estremamente forti, perchè un giudice, che presumesi sempre attaccato ai suoi doveri, sia distolto dalle sue funzioni e reso parte in una causa che non dovrebbe interessarlo. Facilmente si presume che le colpe da lui commesse nelle sue funzioni sono l'effetto della debolezza umana, e dei raggiri nei quali le parti possono spesso far cadere i giudici i più accorti. »

SECONDO CASO (1).

1806. *Quali sono i casi nei quali la presa a parte è espressamente pronunziata dalla legge?*

Non potrebbesi, nei tre Codici che regolano oggidì le materie civili, rinvenire una sola disposizione la quale abbia pronunziata la presa a parte; in modo che quella dell'art. 505 §. 2, † 569 sembrerebbe inutile, se il Codice d'istruzione criminale non avesse stabilito molti casi nei quali compete siffatt' azione. — (*Ved. questo Codice, agli art.* 77, 112, 271, 310 *e* 593.)

TERZO CASO (2).

1807. *Quali sono, in generale, i casi in cui la legge pronunzia la responsabilità, sotto pena di danni ed interessi?*

(1) Vedi l'art. 505 † 569, §. 2.

(2) Vedi il Codice di procedura art. 13 † 115, 505 † 569, §. 3.

I casi sono i seguenti: 1. se un giudice di pace lascia perimere un' istanza (*ved. Cod. di pr. art.* 15 † 117); 2. se togliesse i suggelli prima dello spirare dei tre giorni dopo l'intimazione (*ved. l'art.* 928 † 105); 3. se un giudice pronunziasse l'arresto personale fuori dei casi determinati dalla legge (*ved. cod. civ., art.* 2063 † T.); 4. se si rendesse colpevole d' attentato alla libertà civile (*ved. cod. pen., art.* 115 *e* 119); in quest' ultimo caso vi sarebbe luogo alla presa a parte, se la persona offesa preferisse la via civile, siccome l' art. 117 gliene da la facoltà.

QUARTO CASO (3).

1808. *Poichè la legge accorda la presa a parte per denegato giustizia, potrebbesi per la stessa causa produrre oppello; e nell' affermativa, in qual modo si deciderà il merito della causa?*

Accordando la presa a parte in favore di colui il quale prova una denegata giustizia, la legge ha evidentemente escluso l' appello fondato sulla medesima causa. In effetti, dice Merlin, *novello Repertorio*, *alla parola denegata giustizia*, una delle due; o la causa di cui trattasi è di natura da essere decisa inappellabilmente dal tribunale di prim' istanza davanti al quale è portata, o di natura da subire i due gradi di giurisdizione. — Nel primo caso è chiaro che non si può portarla con appello al tribunale superiore, e che questo, *ratione materie*, sarebbe incompetente a conoscerne. — Nel secondo caso, il tribunale superiore non potrebbe conoscerne se non dopo che avesse subito un primo grado di giurisdizione.

Qual sarà adunque, nel caso di denegata giustizia, il modo di far decidere il merito della causa? Il Codice di procedura civile non l'indica; ma è evidente che bisogna assimilare il caso, in cui il tribunale di prim'istanza ricusa di giudicare, al caso in cui trovasi, per mancanza di un numero sufficiente di magistrati, nell' impossibilità di adempire le sue funzioni: fa duopo dunque adottare, in quest' ultimo caso, il procedimento da noi indicato tom. 3. pag. 67 alla not. 4. (*Ved. anche il novel. Rep. alla parola, Corte di cassaz., num.* 3). Nulla di meno è da osservarsi che il Tribunale superio-

(3) Vedi il codice civile art. 4 † 4; Codice di procedura art. 185 † 279.

re ha la facoltà di decidere la causa in merito, ove la denegata giustizia risultasse da una sentenza colla quale il tribunale di prima istanza avrebbe illegalmente desistito dal decidere una causa ch'era nello stato di ricevere una decisione definitiva; il che appunto rilevasi da un' arresto del 6 termidoro, anno 11, riportata dal Merlin, alla parola *denegata giustizia*, e da ciò che abbiamo detto sull' art. 473 † 537.

Art. 506 † 570. *S'intende denegata la giustizia, allorchè i giudici ricusano di provvedere sulle dimande delle parti, o trascurano di giudicare le cause che secondo il loro numero di ruolo sono in istato di essere giudicate* (1).

Ordinanza del 1667, tit. 25, art. 2. — C. C., art. 4. — C. P. art. 185.

CCCCXIII. In questo articolo la legge fa conoscere in generale i casi nei quali avvi denegata giustizia, e dichiara che essa esiste non solamente allorchè i giudici ricusano di decidere le cause allorchè sono nello stato di esser decise, come lo dichiarava l' ordinanza del 1667, ma benanche allorchè rifiutando di rispondere alle dimande che le parti debbono ad essi presentare, pongono ostacolo per far loro ottener giustizia.

1809. *In quali casi particolari avvi denegata giustizia?*

Avvi denegata giustizia, I. secondo l'art. 4 † 4 del cod. civ., allorchè il giudice si rifiuta a decidere, sotto pretesto di silenzio, di oscurità o d'insufficienza della legge. Ma bisogna osservare, secondo l'arresto della corte di cassazione enunciato nel tom. 1. pag. 87 alla not. 1. che il giudice del tribunale, diversamente dal giudice di pace, può ricusare di decidere, allorchè le parti prorogano la sua giurisdizione;

II. Vi è denegata giustizia, secondo l'art. 506, in due casi: il primo, allorchè i giudici ricusano di rispondere alle dimande, il secondo, allorchè omettono di decidere le cause le quali sono contemporaneamente nello stato ed in tempo di essere decise. — (*Ved. Pigeau*, *tom.* 1. *pag.* 682.)

III. Avvi denegata giustizia se il tribunale differisce di far dritto sopra una parte non controversa della dimanda, finchè l'altra parte litigiosa di siffatta dimanda non è nello stato di essere decisa. — (*Torino*, 23 *giugno* 1809, *Sirey*, *tom.* 8. *pag.* 49) (1).

Art. 507 † 571. *Perchè si verifichi la denegata giustizia è necessario che precedano due istanze scritte dalle parti per sollecitare la spedizione della causa. Queste istanze devono essere notificate ai giudici in persona del cancelliere una dopo l' altra, con tre giorni d' intervallo almeno, se trattasi di giudici di pace e di commercio, e coll' intervallo di otto giorni almeno, se trattasi di altri giudici. Qualunque usciere, ch' è richiesto a questo effetto, è tenuto di far le notificazioni delle dette istanze, sotto pena d' interdizione dal suo uffizio* (*).

Tit. 29 — Ordinanza del 1667, tit. 25, art. 2. 3 e 4.

CCCCXIV. Non può presumersi che i giudici sieno colpevoli, nè per i vani clamori di una parte la quale li accusasse di negligenza, nè per testimonianze da lei prodotte; ma bisogna che la denegata giustizia sia nello stesso tempo provata e caratterizzata per mezzo di due istanze notificate a' giudici nella persona del Cancelliere. Che se le parti vengono con ciò a soffrir ritardo, è brevissimo quello che richiedesi per la notificazione di queste

(1) Vedi questo quinto caso di presa a parte, nel nostro Trattato sulle leggi di organizzazione e competenza, art. 6, pag. 25.

(1) Una corte di appello, la quale ne' motivi della sua decisione considera come nulla una sentenza di prima istanza sottomessa alla sua censura, e nella sua parte dispositiva pronunzia, come se questa sentenza non esistesse, è riputata solamente con ciò averla annullata: in conseguenza non può ritenersi che la decisione in appello comprenda per questa parte un caso di denegata giustizia. (*Cassaz.* 5 *aprile* 1810; *Sirey*, *tom.* 13, *pag.* 107).

(*) La diversità della locuzione del nostro art. 571 corrispondente all' articolo francese 507, consistente in ciò che *le istanze* debbono essere scritte *dalla parte*, ha fatto presso di noi sorgere il dubbio se la istanza possa farsi da un procuratore; e precisamente nel caso che la parte non sappia scrivere. Ma bisogna osservare che se la legge stessa permette che l' azione s' istituisca con atto firmato dalla parte o da procuratore munito di procura speciale ed autentica, molto più nel caso in esame può autorizzarsi un tal sistema. Anche perchè la legge allor quando vuole che la parte faccie un' atto essa medesima si serve della espressione *personalmente*, espressione la quale invano cercherebbesi nel citato art. 571.

istanze, le quali si fanno in pochissimo tempo, e l'usciere che si rifiutasse a notificarle sarebbe sospeso dalla sua carica.

Nell'antica legislazione, le citazioni perchè si terminasse il giudizio non potevano esser fatte che ai giudici la cui giurisdizione non era in ultima istanza. Rispetto a quelli le cui sentenze erano inappellabili non si aveva altra risorsa tranne quella di presentare le proprie querele al Cancelliere o al consiglio del re. Arrestavasi perciò il corso della giustizia per riguardi serbati alla dignità dei magistrati. Ma la dignità della stessa giustizia non sarebbe forse degradata, se in considerazione de' suoi ministri, il suo andamento fosse vario ed incerto? Non devesi del pari osservare che i giudici supremi ordinariamente oppressi da una gran mole di cause, e più lontani da' litiganti, trovansi esposti più degli altri giudici, contro la loro intenzione, a lasciar soffrire i litiganti? Forse avevasi ribrezzo a conciliare l' idea di rispetto verso i magistrati, con l'idea che eccitava la stessa espressione di citazione. Un atto d'istanza non può ferire la dignità di alcun giudice. — (*Esposizione de' motivi*, *ed il nostro trattato di organizzazione e di competenza*, *pag.* 55 *n.* 31 *e* 32.)

1810. *L'istanza potrebbe forse esser notificata nella persona del cancelliere il quale si trovasse in un luogo diverso da quello in cui è situata la cancelleria?*

Che si, perciochè la legge non esige che si faccia in cancelleria. Il cancelliere, secondo l'art. 1029, deve vidimare l'originale, poichè egli è persona pubblica. — (*Ved. Pigeau, tom.* 1. *pag.* 684).

ART. 508 † 572. *Dopo le dette istanze il giudice può essere convenuto in giudizio civilmente*,

Cod. d'istruziona criminale, art. 479 e seguenti, 483 e seguenti.

CCCCXV. È chiaro, secondo l'art. 510, che le due istanze non bastano per formare la dimanda di presa a parte, ma bisogna di più averne ottenuto il permesso preliminare dal tribunale innanzi al quale devesi istituire l'azione; epperò siffatte due istanze non sono un preliminare della presa a parte che nel senso, cioè, ch'esse sono indispensabilmente prescritte per poter ottenere dal tribunale superiore il permesso necessario per intentare la dimanda (1).

ART. 509 † 573. *L'azione civile contro i giudici di pace, contro i tribunali di commercio o di prima istanza, o contro qualcheduno de' membri di questi tribunali; quella contro un consigliere di una corte reale o di una corte di assise, si propone avanti la corte reale della circoscrizione giurisdizionale.*

L'azione civile contro le corti di assise, contro le reali e contro una delle loro sezioni, si porta avanti la corte di cassazione, uniformemente all' art. 101 *dell' atto del dì* 8 *maggio* 1804 (*).

Dich. del 20 aprile 1732, art. 4. — C. d'istruzione criminale art. 483 e seguenti.

CCCCXVI. Un'altra garentia data nello stesso tempo a' giudici ed alle parti, sta nel grado di superiorità de' tribunali incaricati di decidere le dimande di presa a parte.

Siffatte dimande erano prima della rivoluzione considerate come appartenenti all'alta polizia, ed i parlamenti aveano la facoltà di esercitare questa giurisdizione sopra i giudici di tutt'i tribunali ad essi soggetti, senza che vi fusse a tal riguardo alcuna legge generale.

Il ricorso immediato al tribunale superiore presenta il doppio vantaggio di allontanare ogni inquietudine di parzialità, di pretensione, di raggiro, e di impedire che un giudice fosse trascinato da un tribunale all' altro. Siffatti motivi han fatto decidere che le corti reali pronunzieranno sulla presa a parte contro i giudici di pace, contro i tribunali di commercio o di prima istanza, ovvero contro alcuno de' loro membri, contro un giudice di una corte di appello o di una corte criminale.

Le corti reali, le corti criminali, o anche una delle loro sezioni, la quale nelle sue fun-

(1) L' art. 509 † 573 prova che sebbene l' art. 508 † 572 parli di queste istanze solamente riguardo ad un giudice, pur esse sono egualmente prescritte pel caso in cui la presa a parte fosse diretta, sia contro una porzione del tribunale, sia contro un tribunale tutto intero.

(*) Il nostro art. 573 corrispondente all' articolo francese in disamina non parla de' giudici conciliatori; nè de' supplenti di circondario o comunali; ma sembra non esservi ragione a dubitare che anche costoro debbano essere soggetti all'azion civile di presa a parte.

zioni rappresenta la corte intiera, non possono essere prese a parte se non innanzi la corte di cassazione, ch' era competente a tal riguardo pria dell' atto dell' 8 maggio 1804, ed in virtù della legge de' 24 agosto 1790, e la quale ha riacquistato questo potere, non essendo stata conservata dalla carta costituzionale, l'alta corte, *detta imperiale*. Innanzi questo supremo potere l'autorità di una corte giudiziaria non potrà fare a meno di giustificarsi, e la pubblica solennità della sentenza sarà egualmente propria a vendicare il corpo augusto ingiustamente incolpato, o la magistratura intiera, castigando i magistrati colpevoli.

1811. *Puossi istituire un' azione contro un giudice di pace a ragione delle sue funzioni in un consiglio di famiglia?*

Non si può se non per mezzo delle presa a parte, perciocchè egli non fa parte di questa assemblea che nella sua qualità di giudice di pace. — (*Cassazone*, 29 *luglio* 1812, *Sirey*, *tom.* 13 *pag.* 32.)

1812. *Vi sono forse, non ostante la disposizione dell' art.* 509, *dei casi in cui un' azione di presa a parte passa essere dedotta innanzi alla corte di cassazione?*

Che sì, e ciò si verifica allorchè quest' azione è proposta incidentemente in una quistione di prevaricazione. — (*V. nov Rep. alla parola*, presa a parte. *paragrafo* 3. *tom.* 9. *pag.* 693).

Art. 510 † 574. *Non può intentarsi però azione civile senza previo permesso della corte o tribunale che deve giudicare.*

Regolamento de' 4 giugno 1699, 17 marzo 1700, e 18 agosto 1702, ed il commentario dell' art. 508.

CCCCXVII. All'indarno sarebbonsi enunciate dalle leggi le cause che autorizzano l'azione civile se bastasse di alligarle perchè un giudice fosse tradotto in giudizio. È dunque egualmente indispensabile che simili deduzioni fussero sommesse da principio alla disamina del tribunale innanzi al quale la dimanda sarà intentata; ed esso la rigetterà laddove, sfornita di verosimiglianza, non sembra avere altro fondamento che la forza delle passioni o de' risentimenti contro la giustizia.

1813. *Prima di ottenere il permesso richiesto dall' art.* 510 *si può forse sperimentare la conciliazione? Siffatto permesso deve accordarsi soltanto dopo la comunicazione al pubblico ministero?*

Lo sperimento di conciliazione non è necessario (*art.* 49 § 7); ma non così per la comunicazione al pubblico ministero. (*Art.* 83 § 5.)

1814. *Il permesso di prendere a parte un giudice il quale non fosse nominato sarebbe forse sufficiente?*

Che nò; deve indicarsi il magistrato contro del quale si vuole intentare l'azione — (*Ved. Denisart, alla parola presa a parte, e Pigeau, tom.* 1, *pag.* 683.)

Art. 511 † 575. *A questo effetto deve presentarsi un istanza sottoscritta dalla parte o da persona munita di sua procura speciale ed in forma autentica, che dee unirsi all' istanza in un colle carte giustificative, se ve ne ha, e ciò sotto pena di nullità.*

Regolamento de' 4 giugno 1699 e 8 agosto 1802.

1815. *Allorchè l' istanza versa sul dolo, sulla frode a sulla cancussiane, la parte è forse abbligata di somministrarne le pruove unitamente alla sua istanza?*

Essa non vi è evidentemente obbligata, se non quando ha delle prove scritte; ma se non può provare la dimanda per mezzo di testimoni racconta minutamente i fatti, e se sono ammissibili, la corte ne ordina l' esame. — (*V. Pigeau tom.* 1. *pag.* 683 *e* 684).

Art. 512 † 576. *È proibita qualunque espressione ingiuriosa contro i giudici sotto pena, rispetto alla parte, di una multa che sarà ordinata dal regalato arbitrio del tribunale superiore, e rispetto al patrocinatore, di quella ammonizione a censura ed anche sospensione che troverà del caso il detto tribunale.*

C. di P. art. 377, 1036.

CCCCXVIII. Le parti, dicea il celebre cancelliere d' Aguesseau, in una requisitoria del 4 giugno 1699, debbono serbare silenzio rispettoso sulla condotta de' ministri della giustizia, fino a che essa stessa non apre la bocca alle loro rimostranze. « Il carattere del giudice deve dunque essere rispettato nella istanza istessa la quale ha per oggetto di essere autorizzato a chiamarlo in giudizio; perciò l'art. 512 proibisce, sotto pene gravi contro la parte ed anche del suo patrocinatore, di adoperare alcuna espressione ingiuriosa.

Art. 513 † 577. *Se la dimanda è rigettata,*

la parte viene condannata ad una multa non minore di trecento franchi, senza pregiudizio de' danni ed interessi verso le parti, se vi ha luogo.

Ordinanza del 1540, art. 2. — C. C. art. 1146 e seguenti. — C. di P. art. 516 e 1029.

CCCCXIX. Non è duopo fermarsi su i motivi di pene pecuniarie pronunziate dall' art. 513; ma conviene osservare che la multa è di dritto, poichè va a beneficio del fisco, e per conseguenza debb' esser pronunziata d'ufizio.

Non è lo stesso per rispetto a' danni ed interessi; ma è necessario che siano formalmente dimandati.

ART. 514 † 578. *Quoloro venga ammesso la dimanda, viene questa notificata entro tre giorni al giudice chiamato in giudizio, il quale è tenuto di presentare le sue difese entro giorni otto.*

Il giudice dopo questa notificazione sino alla sentenza diffinitiva, deve astenersi dal conoscere di qualsiasi causa che la parte o i suoi parenti in linea diretta, o il coniuge potessero avere nel suo tribunale, sotto pena di nullità delle sentenze profferite col di lui intervento.

Tit. 29 e 75. — Ordinanza del 1667, tit. 25 art. 5. — C. di P; art. 378.

CCCCXX. L' ordinanza del 1667 aveva interdetto al giudice preso a parte di conoscere della quistione la quale aveva dato causa a siffatto gravame, tranne se fusse stato capricciosamente citato, ed entrambe le parti non acconsentissero ch' egli rimanesse giudice.

E' malagevole il concepire, dice Bigot di Prèameneu, che un litigante faccia discendere un giudice dal suo tribunale per accusarlo, e che nello stesso tempo acconsenti ad averlo per giudice; ma quel che sembra evidente si è, che un giudice contro del quale è stata ammessa un' azione di presa a parte, comprometterebbe la sua delicatezza e la dignità della giustizia, ove, supponendo benanche siffatto consenso, egli conosca della quistione per la quale è stato preso a parte.

E neanche sarebbe convenevole che pria che si fusse giudicato su la presa a parte, egli potesse conoscere e giudicare sulle altre cause che il suo avversario, i parenti di questo avversario in linea retta, o la persona che gli sarebbe unita col vincolo di matrimonio, potrebbero avere nel medesimo tribunale. Epperò appunto in questo senso la disposizione dell'ordinanza è stata modificata. Laonde, sotto tutt' i rapporti, si sono prese delle precauzioni affinchè la giustizia fosse al coverto dagli abusi che potrebbero commettere i suoi ministri, e dagli attentati che l' animosità de' litiganti vorrebbe portare alla dignità del giudice

1816. *L' intimazione dell' istanza prescritta dall' art 514 debb' esser fatta al giudice nella persona del cancelliere, nello stesso modo che praticasi per le istanze di cui parla l' art.* 507 ?

Perciocchè l' art. 514 serba silenzio a tal riguardo, noi non crediamo che si possa considerare come non avvenuta la notificazione fatta alla persona o al domicilio del giudice; anzi avvisiamo, come Pigeau, tom. 1. pag. 687, alle note, che in tal modo appunto debba farsi; ma Lepage, nelle sue Quistioni, pag. 348, dice che convien rimetterla al cancelliere: che se si volessero usare questi riguardi al giudice, noi non crediamo ch' egli fosse allora autorizzato ad arguire di nullità la notificazione fatta sulla persona del cancelliere (*).

1817. *Se l'istanza fosse notificata dopo i termini di tre giorni, potrebbe l' intimazione riputarsi come non avvenuta?*

Noi nol crediamo, per la ragione che la legge non pronunzia la decadenza. — (*Vedi Pigeau, tom.* 1. *pag.* 686 *e* 687.)

1818. *Devesi notificare coll' istanza la decisione che l' ammette?*

Che sì (— *Vedi art.* 29 *della tariffa.*)

1819. *Colui il quale prende il giudice a parte può rispondere alle difese scritte da quest' ultimo esibite?*

Egli vi è autorizzato dal citato articolo della tariffa.

1820. *Un giudice potrebbe forse col consenso*

(*) È vero che il codice tace sul modo di citare il giudice, ma sembra non potersi dubitare che, ottenuta l' autorizzazione a citarlo, e divenuto egli un semplice particolare, debba citarsi in persona o al domicilio. E quindi noi crediamo dover piuttosto prevalere la opinione del nostro A. che quella di Lepage; anche perchè la legge allorchè volle la interposizione, diciam così, del cancelliere lo espresse, come nell' art. 507 † 571, e serbò silenzio nell' articolo in esame 514 † 578; silenzio giusto e ragionevole, perciocchè il giudice contro di cui fu già ammessa l' azione, rientra nella classe de' privati e non merita più alcun riguardo.

delle parti dare il suo voto in una causa nella quale fosse interessato colui che l' avesse preso a parte ?

Che no. — (*Vedi la Esposizione degli enunciati motivi al commentario dell'art.* 514+578.)

ART. 515 + 579 *La causa si porta all' udienza con un semplice atto , e vien giudicata da un altra sezione del tribunale diversa da quella che ha ammesso la proposizione dell'azione. Se la corte di appello non è composta che di una sola sezione , la causa è rimessa dalla corte di cassazione alla corte di appello più vicina* (*).

C. di P. art. 83. § 5. 1687.

1821. *La sezione della Corte reale indicata in questo articolo deve forse procedere in udienza pubblica ?*

Siccome la presa a parte debb' essere decisa da una sezione della Corte reale , diversa da quella che avrà ammessa l' istanza , è evidente che quest' ultima sezione deve deliberare e pronunziare la decisione di ammettersi l' accusa ; ma ne siegue forse che essa debba procedere in udienza pubblica ? Noi nol crediamo, non solamente perchè l' articolo 515 dichiarando che la presa a parte sarà portata all' *udienza* per essere *giudicata* , tacesi per rispetto all' ammissione, ma anche perchè non conviene di rendere pubblicamente una decisione su di un punto che non ammette alcuna discussione, e che spesso non può tendere se non ad accusare gratuitamente un giudice. Perciò noi crediamo che la sezione della Corte debba pronunziare in camera di consiglio , come la Corte di cassazione per l' ammissione dei ricorsi.

1822. *Il ricorso debb' essere comunicato al ministero pubblico ?*

A norma della disposizione generale del § 5 dell'art. 83, non solamente il ministero pubblico deve prendere la parola allorchè deve giudicarsi sulla presa a parte, ma debb' essergli benanche comunicato il ricorso e deve dare le sue conclusioni sull' ammissione o rigetto. — (*Locrè , t. 2, p.* 352.)

ART. 516 + 580. *Se dopo ammessa la proposizione dell' azione l' attore soccumbe nel merito , viene questi condannato ad una multa non minore di* 300 *franchi , senza pregiudizio dei danni ed interessi verso le parti , se vi ha luogo* (1).

C. di P. art. 513, 1029.

1823. *L' art.* 516 *pronunzia delle pene contro l' attore il quale succumbe ; ma* quid juris , *se giudicasi fondato il suo ricorso ?*

Se l' art. 516 tace sul caso in cui l' attore riesce nel suo intento , si è a motivo che permettendosigli la via straordinaria della presa a parte , il legislatore ha sufficientemente espresso che al reclamante debbono essere aggiudicate le conclusioni da lui proposte contro al giudice.

Modello d' istanza fatta al giudice per sollecitarlo a giudicare una causa già messa a ruolo ed in istato di esser decisa.

L' anno . . . ad istanza del signor Paolo . . . di . . . ho richiesto a' signori presidente e giudici del tribunale di . . . parlando al signor N. N. cancelliere del tribunale nella sua cancelleria nel palazzo di giustizia , di voler senza indugio decidere la causa pendente innanzi al tribunale tra il richiedente patrocinato dal signor A... ed il signor Pietro patrocinato dal signor B. . . . attesochè la detta causa è in istato di esser decisa, ed è al ruolo del giorno : . . ; ed ho ai signori presidenti e giudici, parlando a . . . lasciata copia della presente.

Modello d' istanza per ottenere la permissione di fare il ricorso di presa a parte.

Ai signori presidente e giudici componenti la corte di . . .

A . . . ha l' onore di esporvi che avendo preso in prestito da B. . . una somma di ducati 1000, come risulta da un obbliganza fatta avanti N. N. notaro in . . . a di . . . ha ipotecata una casa situata in . . . ed ha dichiarato che la detta casa era libera da altre ipoteche.

(*) Quando la gran Corte civile è composta di di una sola camera , la corte cui si ricorre per la presa a parte decide dell' ammissione del ricorso , ed il giudizio su l' azione deve espletarsi innanzi una delle camere della G. Corte civile di Napoli pei dominî al di qua del Faro , e per quelli al di là innanzi alla prima camera della gran corte civile di Palermo. Pei ricorsi poi contro i componenti delle gran Corti civili o criminali il giudizio di ammissione si fa in Napoli nella Camera penale , ed il giudizio sull' azione si fa nella camera civile. In Palermo poi il giudizio si fa nella stessa camera , non essendovi più camere — (*Vedi come nella precedente nota* , *art.* 456, e 466.)

(1) Vedi il commentario agli art. 479, 491, 497, 500 + 543, 558, 561, 564.

B... avendo scoperto che questa casa era stata precedentemente ipotecata in virtù di sentenza ottenuta contro il padre dell'esponente da C... per la somma di..., e che C... ne avea presa la iscrizione, ha citato l'esponente innanzi al tribunale di... per essere condannato all'arresto personale come stellionario, ed alla restituzione della somma mutuatagli, giusta l'art. 1934 del Codice civile.

L'esponente ha dimostrato che questa sentenza essendo stata pronunziata contro suo padre, egli non aveva avuto notizia nè della sentenza nè della iscrizione in conseguenza, e che egli non era nel caso del citato articolo, il quale può applicarsi soltanto a coloro che hanno una cognizione personale della ipoteca.

Non ostante queste ragioni che doveano far rigettare la dimanda, l'esponente è stato condannato all'arresto personale, come reo di stellionato, con sentenza dal dì..., ed obbligato a rendersi latitante per sottrarsi all'arresto.

E poichè l'esponente non era in veruno de' casi determinati dalle leggi, in cui si può ordinare l'arresto personale, e permettendo l'art. 568 del Codice di procedura di ricorrere con azione civile contro i giudici, quando la legge li dichiara risponsabili sotto pena de' danni ed interessi, ricorre perciò alla vostra autorità stante tutto ciò, e vista la copia della sentenza di sopra enunciata, qui annessa, vi piaccia di permettergli di far citare innanzi alla corte il sig... presidente, ed i signori... giudici del detto tribunale... per sentirsi in solido condannare, 1. a rimettere all'esponente fra tre giorni dalla notificazione della sentenza da pronunziarsi la quietanza ed il discarico per parte del signor B... delle condanna da esso ottenute contro l'esponente in virtù della summentovata sentenza, altrimenti a garantire, soddisfare ed indennizzare l'esponente da tutte le condanne pronunziate contro di lui; e quindi condannati a pagare all'esponente la somma di ducati 1000 unitamente agl' interessi della predetta somma, e quella di... per le spese, alle quali cose tutte l'esponente è stato condannato verso B... con detta sentenza; offrendo l'esponente di surrogarli in luogo e vece del signor B... per la detta somma di ducati 1000 onde essi ne possano ricevere il pagamento all'epoca in cui il signor B... deve incassarla a tenore dell' obbliganza surriferita; 2. a pagare all'esponente la somma di... per le spese fatte dal suo patrocinatore, contro il detto signor B... offerendo di consegnar loro tutte le produzioni della procedura fatta; 3. infine la somma di... pe' danni ed interessi risultanti dal torto a lui cagionato con detta sentenza.

Modello di decisioni che rigetta o ammette la istanza di presa a parte.

La corte residente in... ha emessa la seguente decisione.

Visto il ricorso presentato da A... contenente (*se ne riporta il contenuto*), e sotto scritto da A... patrocinatore del ricorrente;

Udita la relazione del signor... presidente, o del signor... uno de' giudici, ed inoltre il procurator generale nelle sue conclusioni:

Attesochè (*si espongono i motivi*);

La corte dichiara il ricorso non ammessibile; condanna il signor A... all'ammenda di ducati... in favor del demanio; senza pregiudizio dei danni ed interessi a pro di chi sarà di ragione. (*Nel caso poi di ammettersi il ricorso si dirà*).

La corte permette al ricorrente di fare la sua istanza di presa a parte, a di citare a tale oggetto, ai termini della legge, il signor...

Modello di notificazione della decisione di ammessione con citazione.

L'anno ec. in virtù di una decisione della corte di... in data del dì... legalmente firmata, e registrata, ad istanza del sig. A... che elegge il suo domicilio in casa del sig... patrocinatore nella detta corte, dimorante in... il quale agira nel presente giudizio.

Io N. N. ho citato il signor... giudice del tribunale di.. nel suo domicilio... parlando a... a comparire tra il termine di otto giorni innanzi la detta corte, prima camera, per rispondere al ricorso inserito nella detta decisione, e sentire aggiudicare al ricorrente le conclusioni in esso contenute con le spese; ed ho a... ec. parlando come sopra, lasciata copia tanto della sentenza e ricorso surriferito, quanto del presente.

APPENDICE

Sul ricorso per annullamento alla Corte suprema di giustizia.

La corte suprema di giustizia, secondo abbiam già detto nelle nostre *Osservazioni all'ordinamento delle autorità giudiziarie*, vol. I, pag. 49, fu istituita ad impiegar la sua costante vigilanza perchè restasse inviolato il triplice confine segnato alle autorità giudiziarie dalle leggi giurisdizionali, dalle leggi di rito, dalle leggi regolatrici de' dritti e delle obbligazioni? Or non avendo il nostro A. parlato affatto del ricorso per annullamento da prodursi alla Corte suprema, le cui disposizioni non fan parte del codice di procedura francese, ma trovansi espresse in particolari statuti, così abbiam creduto nostra obbligazione indispensabile aggiungere questo appendice, dilucidando il meglio possibile il tit. IV. delle nostre leggi di procedura civile.

Nel far ciò non ci allontaneremo dal sistema tenuto finora dal nostro A.; per lo che trascriveremo partitamente ciascun' articolo, ne faremo un brevissimo comento, e quindi esporremo alcune quistioni che lo riguardano, e che furono agitate nella nostra Corte suprema di giustizia.

Riporteremo dippiù quelle disposizioni della nostra legge organica giudiziaria del 1817, e del Regolamento disciplinare del 1828 che han relazione al titolo in esame, avvalendoci in questa parte di quanto trovasi aggiunto a Pigeau, cod. di proc. civ. dal suo ultimo traduttore F. Cafaro, vol. 2, pag. 263.

Bisogna però premettere che la istituzione di una corte suprema era affatto sconosciuta presso di noi, ma col nome di *ricorso per cassazione*, venne introdotta nel 1809 in virtù della legge del 20 maggio 1808, togliendola interamente dalla legislazione francese.

Colla legge organica giudiziaria del 29 maggio 1817 fu chiamata *corte suprema di giustizia*, e col cangiarne il nome fu benanche modificata, migliorata e perfezionata.

Finalmente le attuali leggi di procedura civile promulgate nel 1819, e propriamente il titolo IV. regolano le forme e gli effetti di cotesto gravame, di che noi andiamo ad occuparci facendo uso della massima brevità e precisione.

ART. 581. Il ricorso per annullamento *sarà diretto al presidente ed a' consiglieri della suprema corte di giustizia. Saranno distintamente enunciati i numeri degli articoli delle* leggi civili, *e delle* leggi della procedura ne' giudizi civili, *violati dalla decisione impugnata. Il ricorso sarà sottoscritto dall' avvocato presso la suprema Corte.*

Il ricorso per annullamento deve distendersi in forma di dimanda, e dirigersi al presidente ed a' consiglieri della Corte suprema: deve benanche essere motivato, e per conseguenza, a differenza dell' appello, bisogna sporre in esso tutte le violazioni ed i vizi che la parte crede esistere nel giudicato, ed esprimere gli articoli di tutte le leggi violate.

1. *È necessario di esprimere nel ricorso tutt' i motivi di annullamento pria di compiersi il termine utile per ricorrere?*

Malgrado che la legge si taccia a tal riguardo, pure è invalso il sistema nella nostra Corte suprema di giustizia di ammettersi de' mezzi aggiunti, anche dopo decorso il termine per tal gravame.

Ed in vero il regolamento de' 15 novembre 1828, relativo alla disciplina delle autorità giu-

diziarie ne' dominî al di qua del Faro non fissa alcun termine per la proposta de' mezzi aggiunti di annullamento; epperò gli avvocati fino a tre giorni prima di quello prescritto per la discussione del ricorso, si permettono proporre novelli mezzi. Noi non solamente reputiamo giusto un tal sistema, ma siam di credere, e con qualche fondamento, non esser vietato alle parti di aggiungere nuovi mezzi a quelli già proposti, finchè il ricorso non venga decisivamente discusso. In fatti non trattasi già di proporre un novello ricorso, bensì di aggiungere ragioni a quello già proposto: ed a ciò fare nè la legge, nè il citato Regolamento prescrive alcun termine di rigore.

Oltre a ciò, un sussidio alla nostra opinione trovasi nella facoltà concessa al Ministero pubblico ed alla stessa Corte suprema di poter elevare di uffizio mezzi di annullamento; or se tali mezzi elevansi anche all' udienza, e giovano alla parte interessata ricorrente, non vi è ragione di togliere questo dritto alle parti.

2. *La regola che il ricorso dev' essere sottoscritto dall' avvocato, va soggetta a qualche eccezione?*

Questa regola soffre unica eccezione pe' ricorsi del pubblico Ministero, parte principale, e pe' ricorsi delle parti private in fatto di giudizi per opposizione a' matrimoni.

Il Ministero pubblico sta di per se in giudizio, senza l'assistenza e la rappresentanza di patrocinatore; esso quindi firma il ricorso per annullamento. (*Circ. de'* 13 *feb.* 1839.)

I giudizi per opposizione a matrimonio sono giudizi favoriti dalla legge per celerità della loro spedizione; e perciò il termine a ricorrere è abbreviato; il ricorso è sospensivo; e per la stessa ragione è autorizzato a sottoscriverlo qualunque patrocinatore o avvocato presso il collegio che ha in ultima istanza procednto sull'opposizione. (*Decr. de'* 7 *aprile* 1828.)

3. *Il ricorso in corte suprema debbe forse essere sottoscritto dall' avvocato a pena di nullità?*

Che no, ma può supplirsi per equipollenti; e reputansi tali la dichiarazione messa nell'atto d'intimazione, indicante che l'avvocato B, procederà per lo ricorrente, non che l'aggiunzione di altri mezzi che questo avvocato faccia notificare alla parte resistente al ricorso, la quale però non risenta danno da quella omessa sottoscrizione. (*Vedi l'arresto della Corte suprema di giustizia de'* 18 *luglio* 1840.)

ART. 582. *Sarà il detto ricorso, di unita alla quietanza del ricevitore de' ducati quaranta depositati per la multa, intimato alla parte in persona o al domicilio nel termine di tre mesi dalla intimazione ricevuta della sentenza o della decisione che s' intende impugnare: salve le ulteriori dilazioni ammesse cogli articoli* 549, 550, *e* 551 *delle presenti leggi. La intimazione sarà fatta con atto di citazione a comparire nella suprema corte fra il termine di un mese; nel quale atto sarà inserito il ricorso.*

Esiste una distinzione tra la multa da pagarsi pe' gravami ordinari e quella pe' gravami straordinari. Nei primi, come opposizione, appello, la multa si paga dopo la condanna, senza bisogno di depositarla anticipatamente. Ne' gravami straordinari però è necessario anticiparne il deposito, senza di che il ricorso sarebbe dichiarato irricettibile. (*Vedi l'art.* 558 *relativo alla ritrattazione di sentenza.*)

N' è sufficiente il solo deposito; ma fa d'uopo intimare unitamente al ricorso la quietanza del ricevitore, onde la parte resistente (1) abbia scienza dell' effettivo adempimento.

Finalmente il termine per far intimare il ricorso è di tre mesi (2); e quello della intimazione a comparire non è di soli otto giorni, come per le citazioni innanzi a' tribunali e G. C. Civili, ma bensì di un mese, affinchè abbiasi maggior tempo per rispondere a' mezzi di annullamento. Il primo, per le persone dimoranti fuori del regno, è aumentato di *quaranta*, di *cinquanta*, *di novanta giorni*, *di sei mesi*, *e di un anno* ancora, giusta i citati articoli 549, 550, e 551; quello poi a comparire è termine di rigore, e non riceve aumento per distanza

(1) *Resistente.* Questa parola nel linguaggio del foro adoperasi per indicare colui che è citato in Corte suprema; e si è dovuto ricorrere a questo vocabolo di *convenzione* per esprimere esattamente la idea: in Corte suprema non si conviene una parte per far decidere una controversia, ma per far disaminare una decisione, anche indipendentemente dall' interesse delle parti.

(2) Questo termine di tre mesi è abbreviato a *trenta* giorni ne' giudizi per opposizione al matrimonio; (*Decr. de'* 7 *aprile* 1839) a *quaranta* giorni ne' giudizi per controvvenzione de' Dazi Indiretti; (*Legge de'* 20 *decembr.* 1826, *art.* 64) ad un *mese* ne' giudizi disciplinari contro gli uffiziali dello stato civile e contro i notai, (*Decr. de'* 13 *gennajo* 1832.)

di domicilio, tanto se le persone sieno stabilite nel regno, quanto se le persone citate sieno domiciliate fuori del regno o assenti per causa pubblica (1).

4. *Da qual tempo decorre il termine?*

Il termine decorre dal giorno della notificazione della sentenza o decisione deffinitiva che vuolsi impugnare. Quindi la formalità per farlo decorrere è unicamente la notificazione, la sola che segna il cominciamento della mora per *tale sperimento* da parte del *notificato*.

La sentenza deffinitiva può riguardare o il merito della controversia, o una disposizione provvisionale in pendenza della decisione sul merito, o una quistione pregiudiziale, o una quistione incidentale nel giudizio sul merito. Per le une e per le altre, le quali stanno ciascuna indipendente da se, è chiaro che il termine decorre dal giorno della notificazione di esse rispettivamente.

Per colui il quale notifica la sentenza o la decisione con riserva, il termine non decorre, se il notificato non fa a lui altra notificazione: niuno mette in mora se stesso. Quindi egli può ricorrere anche dopo i tre mesi dalla notificazione da lui fatta, ancorchè avesse eseguita la decisione, qualora però ciò faccia con la riserba.

5. *Il termine a ricorrere rimane sospeso per la morte di colui al quale sia notificato la sentenza o la decisione?*

Le nostre leggi serbano silenzio su di ciò; ma sembra che per identità di ragione, la disposizione dell'art. 511, e 551 delle leggi di procedura civile per lo gravame di appello debba estendersi benanche al ricorso per annullamento. Quindi a far riprendere vigore al termine per ricorrere, devesi di necessità fare novella notificazione agli eredi nel domicilio del defunto, onde continui a decorrere il termine in loro danno.

» Pertanto Pigeau sostiene che un novello » termine intero di tre mesi competa agli eredi, i quali possono ignorare la sentenza pro» nunziata contro al loro autore; ritenendo » che in ciò il termine per la cassazione diffe» risce dal termine per l'appello, e da quello » pel ricorso civile: in questi due casi soltanto » rimane agli eredi quel periodo di tempo che, » contando dal dì della notificazione per ricor» rere, rimaneva al loro autore ». All'oggetto egli cita il Regolamento francese del 1738 part. 1. tit. 18, art. 14. — (*Pigeau*, *ubi supra pag.* 232.) Ma poichè presso di noi non è da alcuna legge prescritto, dobbiamo attenerci alla regola comune pel gravame ordinario, come l'appello.

6. Quid *per colui che cadesse in interdizione dopo la notificazione?*

Sembra dover valere la medesima regola che vale pel defunto.

ART. 583. ***La intimazione al domicilio potrà anche farsi al domicilio eletto col contratto che ha dato causa alla decisione che s'impugna nella Corte suprema di giustizia, o al domicilio eletto nella iscrizione delle ipoteche.***

Non sarà valida quella fatta al domicilio eletto nel giudizio in prima istanza, o in appello.

La notificazione del ricorso deve farsi alla persona o nel domicilio reale. A renderla però più agevole, la legge con quest'articolo autorizza benanche ad intimare il ricorso nel domicilio eletto col contratto che ha dato causa alla decisione che si vuole impugnare, o nel domicilio eletto nella iscrizione della ipoteca.

La legge stessa esclude il domicilio eletto nel giudizio di prima istanza o di appello, a motivo di esser questi tassativi per gli atti di procedura in quel giudizio rispettivamente.

Nella città di Napoli e di Palermo la notificazione deve farsi dagli uscieri addetti nella corte suprema di giustizia ivi residenti. In tutte le altre città del regno la notificazione de' ricorsi può farsi da qualunque usciere in concorrenza. — (*Decret.* 17 *agosto* 1819)

ART. 584. ***Il ricorso così intimato sarà dall'attore depositato fra il secondo termine del mese nella cancelleria della suprema Corte di-***

(1) Scorsi tre mesi dalla notificazione, non potendosi più ricorrere per cassazione, nacqua il dubbio per conoscere se gli articoli 1109, 585, 582, 549, 550, 551, 167, 107, e 157 LL. di pp. civ. in caso di distanza da l'uno a l'altro domicilio delle parti dassero, *aumento di termini* a rendessero ammissibile il ricorso intimato qualcha giorno dopo la scadenza de' tre mesi. E si dubitò benanche se incontrandosi il dì festivo di doppio precetto, la *Domenica*, nel giorno ultimo della scadenza, il ricorso potesse notificarsi l'indomani. La suprema Corte di Napoli si attenne al rigore, e dichiarò *tardivo* ed *irricettibile* il ricorso. (*Vedi causa Pisanti e Pellicciari*, 19 *luglio* 1831.)

nito alla spedizione o alla copia della decisione a lui intimata, altrimenti non sarà ricevuto.

Intimato il ricorso, deve lo stesso depositarsi fra il termine a comparire nella cancelleria della Corte suprema.

Questo periodo è di rigore, per modo che in caso di ritardo la legge colpisce d'irricettibilità nell'interesse della parte il ricorso prodotto.

7. *Come va calcolato il periodo del mese di cui parla l'articolo in esame?*

Esso si calcola come tutti gli altri termini in procedura, senza contarvi il giorno della intimazione, l'altro della scadenza, e contandolo non di trenta giorni, ma dalla data del mese in cui segue la notificazione alla data stessa del mese seguente; così per esempio, un ricorso intimato nel giorno 7 di un mese è validamente depositato a tutto il giorno *otto* del mese seguente; poichè in tal modo il mese cominciando nel giorno *otto* non comprende quello della notificazione che precede, e terminando nel giorno *otto* del mese successivo non comprende il giorno della scadenza che sarebbe il giorno *sette*. — (*Ved. l'art.* 1109 *delle presenti leggi.*)

8. *L'aumento legale per le distanze deve correr benanche relativamente al mese dalla legge concesso ad oggetto di depositare il ricorso per annullamento?*

La nostra Corte suprema di giustizia nel 2 maggio 1837 (*causa de Bernardis contro Giammaria*) trattò la proposta quistione. Ecco in qual modo fu risoluta:

» Neppur giova di opporre di essersi intimato il ricorso in Bitetto provincia di Bari, ove il ricorrente è domiciliato, e che accordandosi al ricorrente oltre al termine del mese anche il termine per la distanza, cioè di un giorno per ogni spazio di 15 miglia, il deposito del ricorso non sia fuori termine.

» Il termine a comparire è prolungato secondo la distanza tra il domicilio dell'intimato ed il luogo della residenza del tribunale o corte.

» Nel termine a comparire vi è l'aumento secondo la distanza, e l'aumento è accordato all'*intimato*, non all'*intimante*.

» La legge ha accordato al ricorrente il termine di un *mese tassativamente* senz'altro aumento, qualunque sia la distanza fra il domicilio dell'intimante e la residenza della Corte suprema.

» Da qual si voglia punto del regno, benchè il più estremo, il termine di un mese accordato al ricorrente oltrepassa la misura di qual si voglia distanza ».

Bisogna osservare che in mezzo a questa discettazione il ricorrente allegava una circostanza di fatto. Egli affermava aver intimato il suo ricorso nel *secondo* mese anzichè aspettare il terzo concedutogli dalla legge; che quindi non avendo profittato del primo periodo poteva giovarsene per prolungare il secondo, tanto più quanto era innegabile che numerando come un periodo solo congiuntamente *i tre mesi*, fra i quali il ricorso avrebbe potuto interporsi, più *il mese* fra cui debb'essere depositato, vedeasi *infra* i quattro, e non oltre a *quattro mesi* depositato il ricorso.

La suprema Corte escluse questo ragionamento, esprimendosi nel seguente modo.

» Il ricorrente non può giovarsi della congiunzione de' due termini, avendo volontariamente abbreviato il primo con la notificazione del ricorso nel secondo, e non nel terzo mese: *il secondo termine* comincia dalla *intimazione* del ricorso: quando il ricorrente si è determinato ad intimare il ricorso, benchè lo abbia fatto molto prima che scorressero i tre mesi, si ha volontariamente imposto la legge, ed ha volontariamente assunto la obbligazione di depositare il ricorso nel termine improrogabile di un mese ».

Per la qual cosa dichiarò irrecettibile il ricorso.

9. *Sarebbe ricettibile il ricorso depositato nella cancelleria della Corte suprema, nel termine del mese, senza però alligare ad esso la copia della decisione impugnata?*

Noi crediamo di no, e la Corte suprema sembra avere identicamente deciso (*vedi l'arresto dei* 16 *giugno* 1836), ritenendo tardiva la produzione della decisione; sebbene non bisogna intralasciare che nella specie dalla detta corte contemplata verificavasi la circostanza che il ricorrente depositò la copia della decisione, dopochè la parte resistente avea con un atto formalmente proposto la irrecettibilità del ricorso. Ad ogni modo avendo essa poggiato il suo ragionamento sugli art. 584 e 585 delle leggi di procedura, sembra chiaro che lo stesso possa benanche applicarsi alla specie in esame.

10. *Se la copia della decisione impugnata che dee depositarsi fra il mese unitamente al ricorso, fosse quella rilasciata ad altro consorte di lite, e non già quella che fu notificata al ricorrente, sarebbe forse irricettibile il ricorso?*

Che no. (*Vedi l' arresto de'* 9 *luglio* 1836.)

Come del pari non sarebbe irricettibile quel ricorso, se si fosse unito ad esso non la copia intimata al *ricorrente*, ma quella al *di lui patrocinatore*. Imperocchè gli è vero che l' art. 584 prescrive doversi unire al ricorso contro una decisione la spedizione della medesima o la *copia al ricorrente intimata*; ma da ciò non siegue che se egli esibisce invece la copia che s' intimò al di lui *patrocinatore*, o ad un'altro consorte di lite, sia rimasto inadempiuto il voto e lo scopo della legge. Oltre a che potrebbe il ricorrente per varî incidenti disperdere la copia ad esso intimata, ed in tal caso qualora volesse risolversi la proposta quistione affermativamente, toglierebbesi ingiustamente ad una parte il dritto di ricorrere per annullamento.

ART. 585. *Se il ricorso è stato intimato dopo trascorsi i tre mesi, o se non è stato intimato diunito all'a quietanza del ricevitore, sarà dichiarato irricettibile, senza potersi giammai attendere la giustizia del merito.*

11. *I documenti d'indigenza ne' modi indicati dalla legge, debbono prodursi unitamente al ricorso, talchè qualora disgiuntamente si producessero, sarebbe il ricorso inammissibile?*

Per ben risolvere la presente quistione è necessario distinguere due casi, 1. se il ricorrente abbia prodotto i suoi documenti dopo decorsi i termini, e la parte resistente deduce la irricettibilità, ovvero, 2. caso, se dopo opposta la irricettibilità del ricorso siansi depositati nella Cancelleria i documenti *infra* il mese, allorchè la parte ricorrente era ancora in tempo di mettersi in regola.

Nel primo caso sembra non potervi cadere alcun dubbio che il ricorso debba dichiararsi irricettibile. Nè vale il dire che nell' art. 582 trattasi del deposito che vuolsi *unito* al ricorso; nel 586 trattasi della fede di povertà che deesi *produrre col ricorso*: epperò la omissione di unire al ricorso, e di notificare con esso i documenti di povertà, non opera il fine di non ricevere; ma basta *produrre, depositare* in Cancelleria. A ciò si può giustamente rispondere che i voleri delle leggi, in particolare quelle che tendono alla conservazione dell' ordine de' giudizî, non possono meritare deroga, se non nei termini legali in seguito di eccezione profferita: questa può valere se non nei vincoli e ne' cancelli che la legge ha creduto, ed in un modo tutto limitato. Che se non è permesso con un *posteriore deposito* riparare alle conseguenze di averlo omesso ne' termini dell'art. 582, quando trattasi di ricorrente non povero, molto meno è permesso di supplire con la tardiva produzione di un documento che dee esibirsi unitamente al ricorso

Bisogna però ritener l' opposto per rispetto al secondo caso; imperciocchè ravvicinando gli art. 582 e 586 n. 2, osservasi risultar manifesta la differenza tra il caso del *deposito della multa*, e quello della *esibizione de' documenti* d' indigenza. Il rigore del primo caso è rimpiazzato dall' indulgenza nel secondo; alla parte indigente è concesso l' intero mese per produrre i suoi documenti, e finchè questo termine non è trascorso, essa è sempre in tempo a poterli produrre. (*Vedi gli arresti del* 12 *giugno* 1827, 31 *luglio*, *e* 29 *novembre* 1834.)

ART. 586. *Sono dispensati dal deposito della multa di ducati quaranta.*

1. *Gli agenti per gl' interessi dello stato negli affari che concernono direttamente le amministrazioni del medesimo;*

2. *le persone indigenti: benvero debbono esse produrre uniti al ricorso un certificato d' indigenza rilasciato dal sindaco della loro municipalità, non solo vistato, ma approvato dall' Intendente, ed un estratto dal ruolo delle contribuzioni: in mancanza de' quali documenti il ricorso è irricettibile, senza potersi supplire col deposito dell' ammenda, se sia trascorso il tempo utile a produrre il ricorso, o siasi anche prima dalla suprema Corte dichiarato non ricettibile.*

Se il ruolo fondiario porta una rendita imponibile oltre a ducati cinquanta, malgrado il certificato d' indigenza, il ricorso non si riceve.

ART. 587. *Sono anche dispensati dal deposito dell'ammenda i ricorsi alla suprema Corte di giustizia contenenti il solo motivo di essersi ricevuto l'appello da' giudicati inappellabili, quelli per contrarietà di giudicati, e quelli in regolamento di giudicati.*

Abbiam creduto regolare riunire questi due articoli perchè entrambi costituiscono una eccezione alla regola generale stabilita nell'articolo 582, col quale si prescrive l' obbligo ad ogni ricorrente di depositare la multa de'ducati quaranta. Tal' eccezione fu dal legislatore stabilita, sia per considerazione dell' indole della persona de' ricorrenti, sia per considerazione dell' indole della causa.

Per riguardo delle persone sono dispensate dal deposito;

1. gli agenti delle amministrazioni dello Stato; (1)

2. gli agenti del pubblico Ministero parte principale;

3. gl' indigenti. (*Art.* 586)

Per riguardo all' indole della causa sono dispensati dal deposito i ricorsi prodotti unicamente;

1. per essersi ricevuto appello da giudicati inappellabili;

2. per contrarietà di giudicato;

3. per regolamento di giudici. (*Art.* 587.)

Tranne tali eccezioni un ricorso senza deposito sarebbe irricettibile.

12. *E' dispensato dal deposito il ricorrente munito de' legali documenti d' indigenza, e che ha ottenuto le spese a credito, sebbene goda di un tenue soldo?*

Con arresto della Corte suprema de'25 aprile 1827, fù risoluta la quistione affermativamente; perciocchè qualunque dubbio emergente dal godimento del soldo rimane superato dalla grazia di aver ottenuto le spese a credito; circostanza imponente per doversi ritenere nel ricorrente lo stato d'indigenza.

13. *Se l' Intendente, nel vidimare il certificato d' indigenza rilasciato dall'autorità Municipale, avesse adoperato la parola* verificato *e non già* approvato, *colesto certificato sarebbe valido?*

La suprema Corte ritenne supplito il voto della legge per equipollente. (*Vedi la decisione de' 18 luglio 1810.*)

Però ove vi fosse soltanto il *visto* senza la parola *approvato*, la quistione andrebbe risoluta in un modo opposto.

14. *In una causa comune producendo più persone un solo ricorso, ciascuna delle quali possegga un imponibile fondiario minore di ducati cinquanta, ma che unitamente oltrepassi una tal somma, sono esse dispensate dal deposito?*

Che sì, perciocchè trattandosi di un rimedio legale non può, giusta l'art. 1106 delle leggi di procedura, pronunziarsi la decadenza da un dritto, nè la nullità di un atto di procedura qualora la legge non l' abbia formalmente pronunziato; epperò la possidenza fondiaria di ciascuno non giungendo a ducati cinquanta, il ricorso non può dichiararsi inammissibile. (*Decisione della Corte suprema*, 21 *gennaio* 1826).

15. *Supponendo dimostrata la indigenza nei termini voluti dalla legge, e rilevandosi da un istrumento che il ricorrente ha de' crediti, ciò forse l' obbligherebbe al deposito?*

L' aver crediti non costituisce certamente la certezza di una proprietà; che anzi si va soggetto ad ingenti spese per poter sperimentare i propri dritti, e spessissimo avviene che un creditore, sia per non capienza, sia per mille altre circostanze che si verificano ne' giudizi non può riacquistare il suo. In una parola la legge ha voluto correre in aiuto dell'indigente nello stato in cui è, e non già in quello in cui potrebbe essere. Per la qual cosa noi avvisiamo per la negativa della proposta quistione.

(1) L' applicazione di questa prima parte dell'art. 586 trovasi nelle Ministeriali de' 10 agosto e 23 ottobre 1839, così concepite.

Signore — Il Ministro delle Finanze mi ha scritto quanto segue « Per un erroneo sistema introdotto dagli Avvocati che difendevano il Banco e la Cassa di sconto, queste amministrazioni nell' impugnare con ricorso per annullamento le decisioni de' tribunali non si sono finora giovate del favore che l' art. 586 delle leggi di procedura civile accordava alle amministrazioni dello Stato, dispensandole dal deposito della multa di ducati quaranta. Ora il Reggente del Banco è vigile perchè di quel favore si profitti, ed io prego l' E. V. di voler di dirigere opportuni uffizi di partecipazione alla Corte suprema di giustizia, perche questo divisamento del Reggente, basato sulla legge, non incontri ostacolo — Partecipo a Lei tutto ciò onde adempia alle parti convenienti al suo pubblico Ministero per la osservanza della legge.

Signore — « Trovo regolari le idee espresse nel di lei rapporto de' 15 andante circa la esenzione del deposito de' ducati quaranta pei ricorsi per annullamento che debbono prodursi dall'amministrazione del Banco e della Cassa di sconto. La interesso di adempiere nella specie alle funzioni del suo pubblico Ministero per la osservanza della legge. »

In fatti in sostegno della nostra opinione possiamo citare un arresto del 1. febbraio 1839 col quale fu esaminata la specie seguente — Erasi prodotto il certificato d'indigenza accompagnato coll'estratto del ruolo fondiario negativo di possidenza. Ma dalla causa stessa, che era una graduatoria, si vedea che la parte andava ad acquistare un immobile, di cui l'imponibile fondiario oltrepassava di gran lunga i ducati cinquanta, di qui il motivo d'irricettibilità proposto dalla parte resistente al ricorso.

Pertanto fu osservato che il certificato negativo del ruolo fondiario è il requisito richiesto per certificare l'indigenza; che l'affermare che il ricorrente abbia la *speranza*, e se pur si voglia la *certezza* di ottenere un fondo che presenti l'imponibile fondiario oltre a ducati cinquanta, dimostrerà tutto al più la *futura opulenza*, ma non esclude *l'attuale indigenza*, e questa basta per dichiararsi ammissibile il ricorso.

16. ***È accordato al resistente il dritto di fare la pruova contraria avverso il certificato d'indigenza presentato dal ricorrente?***

A rendere più chiara la quistione giova riportare le parole del certificato d'indigenza che produceva una ricorrente la quale affermava di nulla possedere » L'Eletto del quartiere Pentino, giusta un documento che conserva, certifica l'indigenza di . . . moglie del medico ... relativa però alla impossibilità di poter sborsare il deposito per produrre il ricorso per annullamento. » Il resistente deducea la irricettibilità ed inammissibilità del ricorso, sostenendo che la ricorrente un anno prima del ricorso avesse impiegato a mutuo ducati 2300, de' quali 400 dotali e 1900 stradotali con l'interesse al 6 ed al 7 per cento, ed avesse riscosso dalla Real Tesoreria una somma di ducati 698 parte di un suo credito.

La Corte suprema con decisione de' 20 febbrajo 1838 dichiarò irricettibile il ricorso, considerando che la legge impone al ricorrente povero l'obbligo di esibire unitamente al ricorso un certificato d'indigenza; che è dato al reo di potersi difendere per dritto di natura; che da qui sorge la regola delle leggi di procedura che accordandosi una pruova, è ammissibile per dritto la pruova contraria; che nella specie la pruova della non indigenza risulta da due istrumenti di mutuo, e da una partita di Banco.

In effetti dimostravano i primi che la ricorrente un anno prima del ricorso impiegò a mutuo ducati 2300, de' quali 400 dotali e ducati 1900 stradotali con l'interesse al 6 ed al 7 per cento; e dalla partita di Banco rilevasi che un mese prima del ricorso la ricorrente avea riscosso dalla Real Tesoreria ducati 698, parte di un credito ereditario paterno contro lo Stato.

Or se la rendita imponibile di ducati 50 esclude in senso della legge la idea di povertà, e non esenta il ricorrente dall'obbligo del deposito della multa, a maggior ragione dovea dirsi lo stesso nel rapporto di quella ricorrente, la quale godeva di una rendita di frutti civili oltrepassante di molto i ducati cento pei soli beni stradotali.

Da tutto ciò chiaro rilevasi che il resistente al ricorso avea dritto di poter provare l'opposto di quanto illegalmente era asserito nel certificato d'indigenza.

17. *Allorchè si produce un ricorso per annullamento senza deposito, per contrarietà di giudicati, e la Corte suprema trovi insussistente cotesta contrarietà, può forse su tale ricorso sfornito di deposito, discendere alla discussione de' mezzi di annullamento?*

Noi crediamo che nol possa, attesochè la esenzione del deposito è fondata sull'indole della causa, val dire sulla contrarietà de' giudicati: or non verificandosi una tale contrarietà non più esiste il motivo della eccezione, e quindi la parte ricorrente soggiace alla regola generale, ed è obbligata a fare il deposito. Così appunto venne deciso con arresto de' 7 luglio 1831 nella causa fra *de Sanctis e Pendarelli*.

ART. 588. *Se il ricorso viene intimato o più interessati che sono stati in giudizio, il termine del mese ad esibirlo in cancelleria decorrerà dall'intimazione fatta all'ultimo di essi; purchè però detta intimazione segua nel corso del primo termine di tre mesi: salve le altre dilazioni contenute nell'art.* 582.

ART. 589. *Potranno con un solo ricorso e con un solo deposito impugnarsi più decisioni pronunziate nello st esso giudizio, purchè una sia dipendente dall'altra. Potranno similmente più persone in affare comune produrre un solo ricorso con un solo deposito.*

Se i ricorsi sieno separati, non si potranno esibire che mediante tanti depositi, quanti sono i ricorsi.

ART. 590. *Se i ricorsi non contengono i motivi legali nel modo detto nell' art.* 581, *non dee tenersene ragione, ancorchè la suprema Corte conosca che la decisione impugnata sia annullabile.*

Questi tre articoli sono abbastanza chiari perchè abbiano bisogno di alcun comento.

ART. 591. *La suprema Corte, ricevendo il ricorso, non potrà accogliere nè promuovere di ufficio alcun mezzo di dritto, nascente da fatto non prodotto per azione o eccezione, o altrimenti, avanti a' giudici del merito; purchè la nullità non sia di ordine pubblico, o per incompetenza per ragion di materia.*

In quest' articolo la legge è di accordo con quanto trovasi prescritto nell'art. 544 nel titolo del ricorso per ritrattazione di sentenza. Ed in vero il miglior modo nel quale può un magistrato adempiere a' propri doveri si è quello di rispondere con precisione alle dimande delle parti, senza aggiungere niente da sestesso. Però quando trattasi di ordine pubblico o d' incompetenza per ragion di materia, allora cambia di aspetto la cosa; poichè essendo l' interesse della società l' oggetto primario del giudizio, così è dato alla Corte suprema il diritto di supplire a quelli già dedotti dalle parti altri motivi di annullamento. Da simil regola partendo noi vediamo che ne' giudizi criminali, in cui tutto è di ordine pubblico, i magistrati della Corte regolatrice possono, semprechè vogliono, proporre mezzi di annullamento. Che anzi sono obbligati a conoscere delle decisioni di condanne capitali, ancorchè le parti condannate, sia per tedio della vita, sia per negligenza degli avvocati, abbiano trascurato di produrne ricorso.

ART. 592. *Il ricorso nella suprema Corte di giustizia non è aperto che uniformemente alle leggi organiche degli ordini giudiziari di qua e di là del Faro, quando i giudicati non possono essere impugnati per le vie di appellazione, di opposizione di terzo, o di ricorso per ritrattazione.*

Sebbene quest'articolo ci rinvii alle leggi organiche degli ordini giudiziari al di qua e al di là del Faro per rispetto al modo di produrre il ricorso, pure non crediamo inutile dare un rapido sguardo alle dette leggi, onde rendere, per quanto è possibile, completo il nostro Appendice.

Tutte le decisioni e le sentenze inappellabili, nelle quali sieno state violate le regole fondamentali dell'amministrazione della giustizia, o siasi manifestamente contravvenuto al testo delle leggi, sono soggette al ricorso per annullamento. (*Leg. Org.*, *art.* 114.)

Però avverso le sentenze inappellabili de' giudici di circondario non può aver luogo il ricorso nella Corte suprema se non che per motivo di eccesso di potere o d' incompetenza: come parimenti è vietato il ricorso contro le sentenze e le decisioni preparatorie ed interlocutorie, dovendosi attendere, per poterlo produrre, la sentenza o decisione deffinitiva; purchè però non fossero relative alla competenza, nel qual caso ancorchè non contenessero cosa alcuna di diffinitivo, nè di pregiudiziale o di provvisionale, potrebbesi impugnarle prima della sentenza o decisione sul merito.

Sono poi materia di violazione delle regole essenziali dell'amministrazione della giustizia, e quindi di ricorso, 1. la violazione de' limiti assegnati alle attribuzioni o alla giurisdizione di ciascuna autorità; 2. la violazione del rito; 3. la violazione del testo della legge; 4. il difetto di motivazione. 5. la contrarietà de' giudicati renduti sulla stessa quistione, fra le stesse parti, ma in differenti tribunali (*Leg. Org.*, *art.* 114, 115, 116, 122, 121, 138, 197, 199, 219.)

Poichè la Corte suprema non ha la facoltà di conoscere di alcuna dimanda per far soprassedere dalla esecuzione, così non può mai ordinare, in pendenza del ricorso, la sospensione degli atti di esecuzione del giudicato impugnato. Epperò nè il termine a ricorrere, nè il ricorso intimato, alterano la efficacia del giudicato: essi non sono sospensivi degli effetti della sentenza, la quale deve avere la sua piena esecuzione non ostante il ricorso.

Questo principio però soffre eccezioni in alcuni casi, come nel caso di opposizione al matrimonio, siccome sopra abbiam detto (*Decreto de' 7 aprile* 1828); nel caso di contenzioso Doganale (*Leg.* 20 *dicembre* 1826, art. 11); nel caso di destituzione da pubblico uffizio per giudizio disciplinare.

Finalmente affinchè la Corte suprema di giustizia non si allontani dall' oggetto della sua

istituzione, ch'è quella di mantenere la esatta osservanza delle leggi, e non entri nello esame de' fatti attribuito indipendentemente ai giudici inferiori, l'è vietato di giudicare nell' interesse de'litiganti, ma di quello della legge; perlochè non può conoscere del merito delle cause, ma delle decisioni e delle sentenze delle Gran Corti, e de' tribunali, col solo oggetto, se sieno o no conformi alla legge (*Leg. Org. giudiziaria*, *art.* 112 *e* 113.)

Avendo riferito, così in iscorcio, alcuni principi relativi alla giurisdizione della Corte suprema, ed a tutto ciò che può formar materia di ricorso, desumendoli dalla Legge Organica giudiziaria, riportiamo benanche, seguendo sempre il nostro sistema, alcune quistioni che chiariscono gli esposti principî.

18. *Vi è bisogno dell' accettazione perchè possa esser valida la rinunzia ad un ricorso per annullamento?*

Coloro che sostengono l' affermativa si poggiano sugli art. 495 e 496 delle leggi di proc. civ., equiparando il ricorso per annullamento ad una dimanda qualunque nel senso de'detti articoli; talchè non basti rinunziare al ricorso, ma si richiede che la parte resistente accetti la rinunzia.

Noi però osserviamo non esistere alcuna analogia fra il caso contemplato da' detti articoli, e quello in esame. Rinunziandosi alla lite non si fa che ritornare allo stato in cui erasi pria della dimanda: quindi può sempre la causa riprodursi in giudizio, allorchè non vi sia il consenso di ambe le parti tendente ad estinguere qualunque procedimento. Ma rinunziandosi ad un ricorso, rimane sempre un giudicato inespugnabile. E così benanche fu deciso dalla Corte suprema nel dì 23 giugno 1831.

19. *La esecuzione, anche spontanea della decisione impugnata, importa rinunzia al ricorso?*

No, poichè il ricorso, come abbiam detto, è sospensivo. (*Vedi gli arresti de'* 10, 19 *e* 28 *giugno* 1834.)

20. *Basta l' errore materiale incorso in una considerazione di una gran Corte civile per fare annullare una decisione?*

Questa quistione fu negativamente risoluta con decisione del 1. marzo 1836.

21. *Vi è luogo ad annullamento qualora possa dimostrarsi che, malgrado la sicurezza dei fatti, il magistrato abbia voluto convincersi in contrario?*

Non v'ha dubbio che una sentenza poggiata solo sul fatto nell' interesse delle parti, senza violazioni di leggi, non va soggetta a censura della Corte suprema; ma è indubitato benanche che in ogni giudizio *debbe riguardarsi il fatto per adattarvisi il dritto*; epperò non può dirsi irricettibile un ricorso da che la decisione impugnata si fondò solo nel fatto; in tal caso bisogna discutere il ricorso, e vedere quali reggono delle violazioni di legge in esso aditate. (*Arresto de'* 13 *settembre* 1831).

22. *E' ammissibile il ricorso avverso una decisione interpetrativa di convenzione?*

La interpetrazione entra nella classe delle quistioni di fatto; ma se i giudici suppongono dati non veri, se trasandano le regole additate dal legislatore per interpetrare le convenzioni, la loro decisione può andar soggetta alla censura della Corte suprema. (*Arg. tratto dallo art.* 233, 219 *leg. Organica giudiziaria*). Così per esempio, se un atto siasi qualificato *transazione*, mentre essa nè tronca nè previene una lite, questa decisione ha violato i principi di legge e perciò è censurabile. (*Vedi l' arresto de'* 13 *sett.* 1831 *e gli art.* 1109 *e* 1156 *delle Leg. civ*).

23. *E' forse ammesso il ricorso per annullamento contro le sentenze soggette per loro natura all' appello, ma che hanno cessato di esserlo per colpa delle parti?*

Testuale è la disposizione dell' art. 592 che allora può prodursi ricorso nella suprema Corte di giustizia, quando i giudicati non possono essere impugnati per via di *appellazione*, di opposizione di terzo, o di ricorso per ritrattazione; e la ragione è chiara « perciocchè, dice Pigeau, non si deve ricorrere ad un mezzo » straordinario, ed incolpare i giudici, quando esista un mezzo più rispettoso e più semplice per far rivocare da loro stessi la propria decisione. » Ciò sembrerebbe dover far risolvere la proposta quistione affermativamente. Ma bisogna osservare che la legge non accorda il ricorso se non contro le sentenze pronunziate in ultima istanza; e quando la sentenza suscettibile di appello cessa di esservi soggetta, acquista l'autorità di cosa giudicata per l' acquiescenza espressa o tacita del condannato. E quest'acquiescenza rende inamissibile il ricorso, ancorchè vi fosse adito alla cassazione. (*Vedi Pigeau, cod. di proced. civile, vol.* 2, *pag* 222.)

24. *Quando, per contrarietà di giudicati, giusta gli art. 544 e 568 delle leg. di proced. civ. vi ha luogo a ricorrere* per ritrattazione, *e quando* per annullamento?

La differenza sta in ciò;

I tribunali o le Corti sono diversi? — È il caso di ricorrere alla suprema Corte di giustizia per lo annullamento.

I giudicati fra loro contrari sono stati pronunziati dallo stesso tribunale, o dalla stessa G. Corte? — È il caso del ricorso per ritrattazione.

Però la nostra Corte suprema di giustizia, ad occasione di due sentenze inappellabili, che diceansi contraddittorie, pronunziate dallo stesso tribunal civile, una in gennaio 1834, e l'altra in novembre 1836, ritenne esser questo un caso che secondo la regola generale avrebbe avuto duopo il ricorso per ritrattazione, ma soggiunse, come per una rimarchevole eccezione, quanto siegue:

» Ciò malgrado, ove il primo giudicato sia stato dal secondo violato *scientemente e volontariamente*, e non già per dimenticanza ed inavvedutezza, sia il caso del ricorso per annullamento; per lo motivo che trattasi di vendicare il primo giudicato offeso appositamente dal secondo. In altri termini trattasi di censurare l' errore commesso dal giudice nel secondo giudicato, allorchè ha creduto di non ostare il primo, ed indirettamente lo ha violato. In somma trattasi di emendare l' errore *di dritto* e non di *fatto*. Il giudice che erra nel dritto non può emendar se stesso, e la Corte suprema subentra in questo caso a censurare. Nell'errore di *fatto* può lo *stesso giudice* che ha pronunziato, emendarsi — e ciò col rimedio del ricorso per ritrattazione (1).

25. *Può la Corte suprema pronunziare sopra un ricorso diversamente da' due modi indicati dalla legge, cioè, o coll' annullamento o col rigetto?*

Tal volta osservavasi che la Corte suprema di giustizia pronunziava di non trovar luogo a deliberare per qualche inadempimento nella istruzione del ricorso, e tal altra pronunziava l'annullamento della spedizione del giudicato a causa di credere difettosa o incompleta la narrazione de' fatti in essa contenuta.

Ma oggidì esiste un rescritto Sovrano, emanato a 22 giugno 1835, col quale fu sancito non aver la Corte suprema alcuna facoltà di ricercare se le narrative lasciassero alcun vuoto sulla raccolta degli elementi di fatto, dal quale sia nato il litigio, dovendo la suprema Corte pronunziare nella purità del sistema di cassazione, o l'annullamento, ne' casi di legge, o il rigetto del ricorso, esclusa ogni interlocuzione, potendo dichiarare non esservi luogo a decidere nel solo caso in cui non esistano affatto narrative nelle sentenze, o decisioni impugnate, ossia quando nelle une, o nelle altre siano state riferiti i soli motivi e le dispositive.

ART. 593. *I procuratori generali presso le gran Corti civili ed i regi procuratori de' tribunali non possono produrre ricorso presso la suprema Corte di giustizia nelle cause ove formano parte aggiunta, ma solo in quelle ove agiscono come parti principali.*

Coloro soltanto che furon parte nel giudizio del merito, e gli eredi, i successori e gli aventi causa da essi hanno interesse, e quindi diritto

(1) Ecco d' altronde pel seguente esempio, che è riportato da Pigeao, vol. 2. pag. 229, la contrarietà di giudicati che dà luogo alla cassazione.

Giovanni, erede di Paolo, dimanda al tribunale civile di *Parigi* contro Pietro domiciliato in questa città, la nullità della donazione fattagli da Paolo di un podere sitoato in Rennes, per lo motivo che Pietro sia persona interposta per far passare là detta possessione a persona incapace. Una decisione della Corte di Parigi dichiara nulla la donazione. Dall' altro canto Giovanni istituisce contro Giuseppe innanzi il tribunale civile di Rennes un' azione per cento moggia di terreno, che formano una porzione del podere istesso a lui venduto da Pietro. Giuseppe mette in causa il suo venditore, questi interviene e sostiene che l' oggetto venduto gli apparteneva come formante parte della donazione fattagli da Paolo. Giovanni replica che la donazione è nulla, come fatta a persona interposta. Una decisione della Corte di Rennes pronunziata tra tutte le parti, ritiene la donazione valida e mantiene nel possesso il compratore. Vi è contrarietà di giudicato, pronunziando l' uno la nullità, l' altro la validità della donazione, e sono entrambi in ultima istanza, e tra le parti medesime, cioè Giovanni, erede di Paolo, e Pietro, donatario; sono pronunziati sulli medesimi motivi, cioè sulla eccezione fatta al donatario di essere persona interposta per far passare il podere ad una persona incapace; e lo sono da due differenti tribunali. La riunione di queste due circostanze dà motivo alla cassazione.

a poter ricorrere per annullamento. Ma qualora gli agenti del pubblico ministero agiscono come *parte principale*, hanno anche eglino la facoltà di poter produrre ricorso per cassazione. Il pubblico ministero è parte principale quando agisce in *via di azione*, il che ha luogo ne' giudizi civili ne' seguenti casi :

1. per la destinazione de' curatori alle eredità giacenti (*Leggi civ. art.* 731) ;

2. per la emendazione degli errori commessi sopra i registri dello stato civile nell' interesse de' poveri (*Resc. de'* 28 *giugno* 1833) ;

3. per la punizione degli uffiziali dello stato civile per le contravvenzioni commesse nella compilazione degli atti dello stato civile (*Leg. civ. art.* 55) ;

4. per dichiarazioni di assenza , ed apertura della successione dell' assente (*ivi* , *art.* 122 *e* 129) ;

5. per le dimande d' interdizione (*ivi* , *art.* 414) ;

6. per la elezione de' curatori agli interdetti in conseguenza di condanna penale (*Leg. pen. art.* 15) ;

7. per l' apposizione dei suggelli ne' casi preveduti dall' art. 708 del Codice civile e 988 del Codice di procedura civile ;

8. per diritti di regio patronato , e di regalia , e di azioni reali relative a' beni di dotazioni di patronati (*Decr. de'* 27 *ottobre* 1825) ;

9. per appelli in caso di esecuzione a ragion di contribuzione fondiaria (*Decr. de'* 3 *luglio* 1809) ;

10. per supplenza di registri dispersi o distrutti degli atti dello stato civile (*Decreto* 16 *agosto* , *e* 18 *ottobre* 1815) ;

11. per nomina di tutori (*Leg. civ.* , *art.* 326 *e* 327) ;

12. per rimozione di tutori (*ivi* 356) ;

13. per azioni disciplinari contro i notai (*Leg.* 23 *di novembre* 1819) ;

14. per azioni disciplinari contra uffiziali ministeriali , e gl' impiegati negli uffizi giudiziari (*Reg. discip.* , *art.* 974 , *e* 984) ;

15. per dichiarazioni di competenza in materia di attribuzione (*Dec. de'* 15 *settembre* 1816) ;

16. per quistioni sulla competenza de' conciliatori (*Leg. di pr. art.* 66) ;

17. per lo giudizio di ricusa de' giudici di circondario (*ivi* , *art.* 150 ; *Reg. discip. art.* 16 *e* 17) ;

18. per costituzione di sacro patrimonio (*Reg. del* 1818) ,

19. per supplire gli atti di nascita omessi nell' interesse della leva ;

20. per rettificazione di atto di nascita a causa di essersi apposto al neonato un nome non riconosciuto ;

21. per rettificazione di atti dello stato civile nell' interesse della giustizia penale e del pubblico.

Oltre a ciò la facoltà degli agenti del pubblico ministero presso la Corte suprema per proporre un ricorso per annullamento può talvolta esercitarsi in virtù del proprio uffizio ; e talvolta deve esercitarsi in seguito di ordini del Governo.

Si esercita in virtù del proprio ufizio (*vedi gli art.* 125 *a* 163 *legg. organ.*) nei casi in cui pervengano a sua notizia le decisioni o gli atti arbitrarii o abusivi dei giudici.

Si esercita in seguito di ordini del Governo (126 , 159 , 166 *leg. civ.*) nei casi di violazioni denunziate al ministro di grazia e giustizia.

ART. 594. *L' istruzione nella suprema Corte sarà sempre in iscritto. Il consigliere relatore farà il rapporto in iscritto e verbale all' udienza. In seguito arringheranno le parti : ed in ultimo luogo il pubblico ministero farà le sue requisitorie.*

Non basta il deposito del ricorso per ottenere che la Corte suprema si occupi del suo esame : occorre indispensabilmente che dopo seguito il deposito, il ricorrente, o anche il resistente per l' annullamento , per mezzo del suo avvocato dimandi formalmente la destinazione del consigliere relatore. Prima di questa dimanda il ricorso non è a carico della Corte, e quindi niuno si occupa della sua istruzione e spedizione.

In vista della dimanda il presidente destina il relatore. Le carte però col ricorso non possono passarsi al relatore , eccetto per gli affari urgenti , prima del termine di un mese dal dì del deposito. (*Reg. disc. art.* 599 *e* 600.)

Passate le carte al relatore questi deve fare il rapporto scritto. (*Leg. di proc. art.* 594).

Il rapporto scritto deve contenere :

1. la trascrizione della dispositiva impugnata con le correlative dilucidazioni di fatto che ne rendano compiuta la intelligenza ;

2. i motivi di annullamento, con la indicazione, per ciascuno di essi, delle circostanze su cui è fondato;

3. i principali documenti da cui dipendono i mezzi proposti. (*Reg. discip.*, *art.* 603).

Il rapporto dee farsi fra quindici giorni negli affari ordinari, fra otto giorni negli affari urgenti (1). (*Ivi*, *art.* 606).

Il rapporto si comunica immediatamente di uffizio all' agente del pubblico ministero (*Ivi*, *art.* 608 *e* 609).

Compiuti gli esposti adempimenti la causa è in istato di esser decisa. (*Ivi*, *art.* 610).

La discussione all'udienza si annunzia ai difensori colla pubblicazione del ruolo. Questo deve formarsi dal presidente di accordo col procuratore del Re, e pubblicarsi in ogni settimana; e deve contenere un determinato numero di cause urgenti e di cause ordinarie. (*Ivi*, *art.* 614 *e seg.*)

Non vi è bisogno di atto di avviso per la udienza come per gli altri tribunali. Le leggi di procedura, del pari che il regolamento disciplinare non impongono questo dovere.

La discussione si fa con *nove* consiglieri. Questo numero è di rigore, per modo che se sia presente all' udienza un numero maggiore di quello prescritto, gli ultimi in ordine di nomina esuberanti debbono astenersi di prender parte nella votazione. (*Reg discip. art.* 633 *e* 634).

Se manchi il numero di nove votanti, vi si supplisce nella Corte suprema di Napoli co' consiglieri di un altra camera secondo l'ordine inverso di anzianità; in quella di Palermo chiamandovi i supplenti.

All' udienza il relatore fa il suo rapporto pubblico senza palesare il suo voto. (*Leg. di proc. art.* 594; *Reg. discip. art.* 624).

In seguito i difensori sono chiamati ad aringare, cominciando dal ricorrente. (*Ivi*).

Nella discussione è vietato a' relatori ed agli avvocati d' interloquire in quistioni di fatto. (*Reg. discip. art.* 628).

In fine il pubblico ministero dà le sue conclusioni. (*Ivi art.* 625).

Poichè la procedura innanzi la Corte suprema è per iscritto, è chiaro;

1. che gli avvocati delle parti non debbono dare conclusioni all' udienza, poichè desse sono contenute nel ricorso e nelle difese in sua confutazione, rispettivamente presentate;

2. che lo inadempimento delle parti o del loro avvocato a proporre le difese o a presentarsi all' udienza, dà luogo a sospensione del giudizio;

3. che la decisione emessa dalla Corte suprema in assenza de' difensori, o in mancanza di aver prodotti le difese sul ricorso, non dà luogo a contumacia; e quindi non può impugnarsi con rimedio di opposizione la decisione stessa. (*Leg. di proc. art.* 208; *Reg. discip. art.* 626).

Compiuta la discussione all' udienza pubblica passa la Corte a deliberare in segreto per decidere.

Nella deliberazione in camera di consiglio l'agente del pubblico ministero deve intervenire per sostenere le sue conclusioni. È questa un' eccezione alla regola che il ministero pubblico non deve essere presente alle decisioni del magistrato. (*Leggi organiche*, *art.* 160).

La discussione e deliberazione della causa non può essere protratta al di là della terza udienza, che succede quella in cui si è introdotta (*Ivi*, *art.* 630).

La decisione deve farsi individualmente per ciascun mezzo di annullamento proposto; su cui si decide alla maggioranza assoluta de' voti. — (*Ivi*, *art.* 632).

La pronunziazione della Corte deve quindi esprimere i mezzi accolti, i mezzi rigettati, ed i mezzi elevati di ufficio dal pubblico ministero, o dalla Corte stessa; in fine la dichiarazione del rigetto o dell' annullamento in tutto o in parte della decisione impugnata.

La dispositiva si scrive sul primo foglio di udienza, si firma da' nove consiglieri e quindi si pubblica alla udienza in cui si decide, come per gli altri tribunali.

Le decisioni della Corte suprema debbono essere anche ragionate. In esse si debbono esprimere per ciascun mezzo, oltre alla dispositiva dell' annullamento o di rigetto, fatti che vi sono relativi e le analoghe considerazioni.

(1) Il regolamento di disciplina giudiziaria del 1828 distingue, nelle materie civili, le cause in urgenti ed ordinarie.

Sono urgenti i ricorsi relativi a conflitti giurisdizionali; e le dimande di rinvio pel motivo di sicurezza pubblica o di sospensione legittima; le ricuse di giudici, le cause commerciali, le opposizioni al matrimonio; e finalmente cause che possono meritare pronta spedizione, o che la Legge dichiara tali.

Le decisioni di annullamento debbono contenere la trascrizione degli articoli di legge o di rito violate, secondo i fatti risultanti dal giudicato impugnato, i quali sono inalterabili. (*Leg. di proc. art.* 599, *Reg. art.* 638 e 639)

Le minute delle decisioni le quali si riportano nel secondo foglio di udienza debbono essere sottoscritte da tutti i consiglieri che, vi hanno presa parte. (*Reg. discip. art.* 637.)

ART. 595. *Se la suprema Corte rigetta il ricorso, la parte succumbente perderà la multa depositata, e sarà condannata alle spese del giudizio. Se la detta Corte annullerà la decisione impugnata, rimetterà senza condanna di spese, il merito al conoscimento di altro tribunale o di altra Corte, giusta il disposto nelle leggi organiche nell' ordine giudiziario pe' domini al di qua e al di là del faro.*

Le disposizioni contenute nel presente articolo non avranno luogo, ove si tratti di contravvenzione di una sentenza passata in giudicato o altrimenti inappellabile. In questo caso la suprema Corte, senza fare alcun rinvio ordinerà l'esecuzione del giudicato antecedente, restituirà alla parte vincitrice la multa depositata, e condannerà la parte soccumbente alle spese del giudizio.

La decisione tanto di rigetto, che di annullamento, sarà motivata.

ART. 596. *L' annullamento di una decisione porta seco quella delle decisioni posteriori alle quali la decisione anuullata è servita di base: e le cose si rimetteranno nello stesso stato in cui erano prima di profferirsi la decisione che ha formato l'oggetto dell' annullamento: il che sarà espressamente ordinato dalla Corte suprema.*

Nel sistema di annullamento, secondo le nostre leggi non vi ha, in materia civile, che una sola camera (1), essendo stata abolita la camera de' ricorsi, la quale esiste secondo il sistema della Corte di cassazione francese. Ciò posto la Corte suprema o rigetta il ricorso o annulla la decisione impugnata.

Nel primo caso il rigettamento del ricorso produce i seguenti effetti:

1. mette fine alla controversia giudiziaria, talchè il giudicato impugnato diviene inattaccabile, e costituisce la cosa giudicata tra le parti;

2. il ricorrente è condannato alla multa, e trovandosi questa depositata, la somma liberasi in favore del Real Tesoro (2);

3. esso è condannato alle spese del giudizio in Corte suprema (3); nè può più proporre

(1) Con decreto de' 15 loglio 1838 fu temporaneamente aggiunta una seconda camera, ad oggetto di provvedere alla più celare spedizione di un numero considerevole di ricorsi pendenti. Però per non far sorgere divergenza di giurisprudenza, fu nelle due camere distribuito il lavoro per materie. (*Vedi il Regolamento de' 7 agosto* 1838). Ma questa misura temporanea non ebbe che la durata di soli due anni, essendo stata con un altro decreto del 1840 del tutto abolita.

(2) Bisogna però osservare che nel caso di rigetto per irricettibilità, la multa non è dovuta e si restituisce al ricorrente; come in fatti la Corte suprema ha in diversi casi ritenuto.

(3) Questa disposizione dell' articolo in esame relativa alle spese del giudizio ha dato luogo a molte disceltazioni sul modo come far se ne dovesse la liquidazione; val dire se fossero applicabili alla Corte suprema le regole stabilite per le liquidazioni ne' tribunali inferiori; ma col decreto de' 13 gennaio 1839, fu rimosso ogni dubbio, attribuendosi al consigliere relatore la facoltà di liquidare le spese, e di pronunziare sulle opposizioni che si proponessero contro la liquidazione, senz' altro gravame. Ecco le parole del citato decreto.

« Veduto l' art. 595 delle leggi di procedura nei » giudizi civili;

» Veduti gli art. 628, 629, 630, 631 delle dette leggi;

» Volendo rimuovere ogni dubbiezza sul metodo » per la liquidazione delle spese delle quali trattasi nel riferito articolo 595;

» Veduto il parere della Consulta generale del » Regno;

» Sulla proposizione del nostro Ministro Segretario di stato di Grazia e Giustizia;

» Udito il nostro Consiglio ordinario di Stato;

» Abbiamo risoluto di decretare, e decretiamo » quanto siegue.

Art. 1. « La liquidazione delle spese anzidette » avrà luogo giusta le prescrizioni de' riferiti art. » 628 a 631 delle leggi di procedura ne' giudizi » civili, salvo le modificazioni enunciate nel » seguente articolo.

» La specificazione sarà tassata dal consigliere » relatore: ed in caso di suo impedimento, da » altro consigliere destinato dal presidente fra » quelli che han preso parte nella decisione.

» La specificazione rimarrà unita alla minuta » dalla decisione. La opposizione avrà luogo nel » termine di due giorni dall' intimazione all' av» vocato della parte soccumbente. La opposizione » sarà diffinita dal consigliere relatore, o da » quello a lui surrogato, senz' altro gravame. »

altro ricorso ancorchè fondato sopra motivi diversi.

Nel secondo caso annullando la Corte suprema in parte o in tutto una decisione o sentenza, toglie affatto di mezzo il giudicato impugnato per quella parte che venne annullata, non che gli atti di esecuzione, e rimette le cose nello stato in cui erano prima del detto giudicato, il quale reputasi come se non avesse mai esistito.

Ma siccome la Corte suprema non giudica del merito dell' azione tra le parti, così dopo di avere annullata la decisione o sentenza impugnata, cessa ogni ulteriore sua ingerenza nella causa, e deve necessariamente rimettere, senza condanna di spese (1), il merito ad una autorità di grado eguale a quella che pronunzia il giudicato. (*Leg. Org. art.* 118) (2).

Vi ha eccezione a questa regola di rinvio ne' seguenti tre casi;

1. quando l' annullamento sarà stato pronunziato per contrarietà di giudicato;

2. quando la decisione o sentenza annullata avesse rivocato in grado di appello una sentenza inappellabile;

3. allorchè trattasi di annullamento nell'interesse della legge.

In questi tre casi la Corte suprema invece di rinviare la causa, annulla, nel primo caso, la seconda decisione ed ordina la esecuzione della prima; nel secondo, dispone l' esecuzione della sentenza, contro la quale erasi prodotto indebitamente l'appello; e finalmante nel terzo, limitasi a censurare i principî illegali. (*Vedi Legge org. art.* 122.)

ART. 597. *L' annullamento delle decisioni gioverà soltanto a coloro che han prodotto legittimamente il ricorso, senza che possa giovare agli altri che o hanno prestato alla decisione il loro acquietamento, o il cui ricorso siasi dichiarato irricettibile, ancorchè la condanna contenuta nella decisione fosse solidale, meno che l' interesse di colui che non è legittimamente ricorso, fosse necessario e dipendente da quello che ha ottenuto l'annullamento.*

Questo articolo ha per base il principio inalterabile di ogni dritto che *res inter alios acta alteri neque nocet neque prodest*; e debbe certamente riputarsi come terza estranea persona anche il consorte della lite che acquietossi al giudicato, o il di cui ricorso fu dichiarato irricettibile, tranne la limitazione pe' casi della dipendenza d'interesse nelle condanne solidali.

ART. 598. *Se la decisione è annullata per violazione di rito nella procedura, dovrà la procedura ricominciare dal primo atto in cui le forme non sono state osservate, ancorchè la Corte suprema abbia nella sua decisione omesso di annullare anche la procedura che ha dato causa all' annullamento del giudicato.*

Il tribunale di rinvio deve ripetere il giudizio da quella parte della decisione annullata dalla Corte suprema di giustizia; ma quando trattasi di violazione di rito, dovrà ripetere la procedura dal primo atto in cui non vennero osservate le forme, anche quando siasi omesso dalla Corte suprema di annullare il procedimento, allorchè dichiarava nullo il giudicato.

Pertanto questo stesso tribunale di rinvio allorchè va per giudicare, lungi di seguire le norme della Corte suprema, la cui decisione di annullamento non costituisce per essi una legge, ma semplicemente un' autorità ed una guida, può in contraddizione dei motivi della detta decisione, giudicare nel modo medesimo come giudicarono gli autori della decisione annullata. In tal caso producendosi un nuovo ricorso per annullamento (potendo sempre prodursi novellamente ricorso, sia che il tribunale segua le norme della Corte suprema, sia che senza anche seguirle, ma per principî diversi, adotti una sentenza differente da quella del primo giudicato) questo sarà discusso dalla Corte suprema a camere riunite, le quali possono benanche esser presedute dal ministro di grazia e giustizia. (*Vedi l' art.* 131 *della leg. organ. giudiz.*) S' ella rigetta il ricorso, allora dà a' giudici inferiori il più bell' esempio di

(1) È più che giusta questa disposizione relativa alla non *condanna delle spese*; imperciocchè rigettandosi il ricorso finisce il giudizio, ed è quindi regolare che il soccumbente sia obbligato a risarcire le spese. Non così, quando il ricorso è ammesso. In questo caso dovendosi riesaminare la causa è ben giusto che si pronunzî sulle spese al tempo della decisione definitiva.

(2) Le cause delle gran Corti civili residenti in Aquila, Trani, e Catanzaro vengono rinviate alla gran Corte civile di Napoli; ma annullandosi una decisione di quest' ultima è inviata da una Camera all' altra. (*Art.* 119 *della legge*).

moderazione e di ritorno volontario ai principi. Se poi vede veramente il caso sì dubbio che può al primo colpo d'occhio giudicarsi eccedere i confini della *interpetrazione giudiziaria*, allora sospende il giudizio, e ne fa rapporto al legislatore per *l' interpetrazione legislativa*. Che se poi vede chiaro l'errore delle Corti, allora annulla la seconda volta, e rinvia la causa ad altra camera della G. Corte o del tribunal civile di Napoli.

Ma se mai il terzo giudicato del collegio di rinvio sia uniforme ai due primi giudicati annullati, e venga anche questo impugnato con ricorso, pei medesimi motivi, in questo caso autorizzare la pronunziazione di un terzo annullamento, e poi di un quarto, e poi di un quinto sarebbe stato lo stesso, che dar luogo ad una lotta interminabile ed indecente, togliere ogni confidenza nei magistrati, e moltiplicare all' infinito le spese ed i rancori delle parti. Questo adunque è l'indizio certo, il contrasegno sensibile che o la corte suprema o i tribunali del merito, trapassando i confini della interpetrazione giudiziaria, sono entrati nel campo della legislativa. Quindi ciò ch' è regola nel contenzioso amministrativo, diventa nell' esposto caso una eccezione nel contenzioso giudiziario. La Corte suprema deve di necessità sospendere ogni sua decisione e dichiarare la necessità della interpetrazione autentica di quelle leggi variamente intese ed applicate dai due collegi; e deve all' uopo presentare al Sovrano, per mezzo del ministro di grazia e giustizia, un rapporto ragionato sulle diverse quistioni di diritto, diversamente risolute. (*Leg. Org. art.* 131). In tal modo il Re risolve il dubbio di legge, udita la Consulta generale del Regno, e per via di Regolamento di pubblica amministrazione. E la soluzione data dal Sovrano serve di norma alla Corte suprema per decidere sul ricorso, applicando le regole, nascenti dalla interpetrazione legislativa.

ART. 599 La decisione da farsi dalla Corte suprema dovrà contenere il fatto, i motivi ed il deposito. Ne sarà data spedizione in forma esecutoria alle parti contendenti che lo richiederanno.

Il legislatore con questo articolo, impone il dovere alla Corte suprema di rendere pubblico conto delle sue decisioni; e quindi l' obbliga a riportare gli articoli di fatto e di dritto, ed i motivi, i quali debbono precedere la dispositiva. (*Leg. Org. art.* 219). Il fondamento di questa disposizione si è quello di conoscere in qual modo il magistrato sia giunto ad assodare la verità legale contenuta nella sua decisione, e poter così scorgerne la regolarità. Una legge di Ferdinando IV del 23 settembre 1774 impose per la prima volta quest'obbligo, che poi è stato ripetuto nelle nostre leggi vigenti.

Modello di ricorso per annullamento.

Ai signori presidente e Consiglieri della Corte suprema di giustizia in . . .

N. N. proprietario domiciliato in . . . e che per le presenti procedure elige domicilio in . . . rappresentato dal sig. . . avvocato presso la Corte suprema medesima, domiciliato . . . espone quanto segue.

(*Qui debbono esprimersi le seguenti cose, cioè*);

1. la menzione del soggetto della contestazione innanzi a' primi giudici nel fatto e nel diritto;

2. la enunciativa delle sentenze, decisioni o degli atti che si vogliono impugnare;

3. le violazioni per le quali s' impugna il giudicato di cui si dimanda l' annullamento colla indicazione delle leggi violate;

4. si conchiude in fine per l' annullamento.

Fatto in . . . firma dell' avvocato.

Modello di atto di notificazione del ricorso, e di citazione a comparire in Corte suprema.

L' anno . . . il dì . . . del mese . . . .

Ad istanza di . . . proprietario domiciliato in...

Io . . . usciere presso . . . domiciliato . . . ho notificato e lasciato copia del soprascritto ricorso per annullamento, firmato dal sig. . . avvocato presso la Corte suprema di giustizia; non che della ricevuta del deposito della multa di duc. 40 fatto nella real Cassa di ammortizzazione da servire pel ricorso medesimo (*se vi sono i documenti d' indigenza si dice in vece*) non che l'estratto negativo e l' estratto della matrice del ruolo fondiario del comune di . . . da cui risulta un imponibile di ducati 44 annui, rilasciato dal sig. . . Archivario dell' amministrazione delle contribuzioni dirette, ed il certificato del sindaco del comune di . . . vistato ed approvato dall' Intendente della provincia di . . . contestante di non aver l' istante industria visibile.

Ed in pari tempo ho citato il sig. . . a comparire fra il termine di un mese da oggi nella Corte suprema di giustizia residente in . . . per la istruzione e discussione del succennato ricorso, e per sentir far diritto allo stesso, e quindi annullare le decisioni col ricorso impugnate.

Copia del presente atto e de' documenti sopra descritti l' ho lasciata al detto sig. . . parlandogli personalmente (*parlando a persona che ha detto di essere sua domestica*), nel domicilio come sopra — Il costo del presente atto è come segue. (*segue la specifica degli articoli delle spese*).
Firma dell' usciere.

Modello di notificazione della decisione che cassa, e citazione innanzi al tribunale cui si è fatta la rimessione.

L' anno . . . il dì . . . Ad istanza di . . . che ha eletto domicilio nella casa del . . . patrocinatore presso la Corte reale di . . . sedente nella suddetta città, che agirà nella presente causa, ho notificato, e con la presente ho data copia al sig. . . di una decisione della Corte di cassazione, camera civile, in data del dì . . . che cassa la decisione pronunziata dalla Corte di . . . nel dì . . . e rimette la causa nella Corte reale di . . . affinchè del contenuto in detta decisione non alleghi ignoranza. E ad istanza dello stesso in detto domicilio, ho citato il suddetto . . . parlando come sopra . . . a comparire nel termine di . . . innanzi la detta Corte reale residente in . . . per sentir ordinare, che in esecuzione della predetta decisione di cassazione, la causa che pendeva tra le parti nella Corte reale di . . . sul tale oggetto . . . venga riassunta nello stato in cui era nel giorno antecedente alla decisione cassata (o nel giorno antecedente all' atto annullato con la detta decisione per violazione delle forme); in conseguenza sentire aggiudicare all' istante le conclusioni da lui prese nella suddetta causa tendenti a . . . E parlando come sopra, gli ho lasciato copia del presente.

LIBRO V.

DELLA ESECUZIONE DELLE SENTENZE.

Sia che una sentenza fosse stata impugnata nei modi ordinari e straordinari che han formato oggetto de'precedenti libri, sia che si fosse inutilmente cercato di farla rivocare o modificare, mettendo in opera entrambi siffatti modi, non ci rimane che la sua esecuzione.

L' esecuzione di una sentenza è l' adempimento volontario o forzato di quanto essa prescrive; è *volontario*, allorchè il condannato offre di uniformarsi o si uniforma realmente alle disposizioni della sentenza, ovvero reclami il beneficio della cessione (1); è *forzata*, allorchè ha effetto per mezzo degli atti di procedura o dell' arresto personale eseguiti ad istanza della parte che ha guadagnata la causa.

Il libro 5 del codice di procedura stabilisce le regole e le formalità dell'esecuzione considerandola sotto due rapporti:

1. Come esecuzione delle disposizioni in forza delle quali una sentenza ordina qualche operazione, prima dell' esecuzione definitiva, sopra i beni o sulla persona del condannato; ed è questa *l' esecuzione per effetto di giudizio*, materia dei primi cinque titoli del libro;

2. Come esecuzione definitiva della sentenza sopra i beni, ed in taluni casi, sulla persona del condannato; ed è questa *l' esecuzione forzata propriamente detta*, oggetto del titolo 6 e seguenti.

L' esecuzione per effetto di giudizio operasi col modo di ricevere le cauzioni, colla liquidazione dei danni ed interessi, con quella delle spese, dei frutti, e col rendimento dei conti, che sono tanti preliminari indispensabili, secondo le circostanze, affinchè una sentenza pos-

(1) Così, le offerte di pagamento ed il reclamo del beneficio della cessione sono mezzi di esecuzione; ma possono anche impiegarsi ad altri oggetti, per esempio, a prevenire una lite; ed è questa la ragione per la quale il legislatore ne tratta nella seconda parte del codice tra le procedure diverse (*V. lib.* 1 *tit.* 1 e 12.)

sa essere definitivamente e completamente eseguita. (*Tit.* 1 , 2 , 3 , 4 *e* 5).

L' esecuzione definitiva e forzata ha luogo col pegnoramento dei mobili , con quello degli stabili , e qualche volta coll' arresto del debitore.

Ma prima di stabilire le regole particolari a ciascuno di siffatti modi di esecuzione , il legislatore ha fissato taluni principi generali i quali applicansi a tutti — (*Tit.* 6).

I modi che risguardano soltanto i beni mobili sono *I sequestri* sopra effetti *del debitore* esistenti presso un terzo, (*Tit.* 7) *il pegnoramento dei mobili*, (*Tit.* 8) *il pegnoramento dei frutti ancora attaccati al suolo* (*Tit.* 9), *e quello di rendite costituite sopra terzi.* (*tit.* 10).

Consistendo l' effetto di essi nella distribuzione del denaro sequestrato o del prezzo delle cose vendute fra' creditori del debitore , la legge ha dato compimento alle regole che li riguarda colle disposizioni relative al modo di siffatta distribuzione. — (*Tit.* 11).

Il pegnoramento degli immobili è il solo modo di esecuzione che risguarda gli immobili ; esso da luogo al giudizio di graduazione secondo l' ordine delle ipoteche. — (*Tit.* 12 , 13 , *e* 14).

Il mezzo col quale si agisce contro la stessa persona del debitore è l' incarcerazione o l' esercizio dell' arresto personale. — (*Tit.* 15).

Tutte le disposizioni che la legge contiene a tal riguardo non hanno per oggetto soltanto l' esecuzione d' una decisione giudiziaria ; ma applicansi egualmente all' esecuzione di un atto notarile, per la ragione che esso ha tutta la forza d' una sentenza passata in cosa giudicata, ed è al pari di questa eseguibile , secondo le disposizioni degli art. 1317 e 1319 † 1273 del Codice civile, 545 e 547†635 e 637 del Codice di procedura , e 19 della legge del 25 ventoso anno 11 , sul notariato.

Nel corso dell' esecuzione delle sentenze e degli atti , possono suscitarsi degli ostacoli che è urgente di far cessare ; da qui l' udienza dei rapporti , le cui regole , stabilite al titolo 16 , danno il compimento a tutto il sistema legislativo dell' esecuzione delle suddette sentenze ed' atti.

Scorgesi da siffatti preliminari , e da quelli che abbiamo messo in fronte di ciascuno dei libri e dei titoli precedenti , che il codice di procedura ha regolato nella sua prima parte tutto ciò che compone la procedura giudiziaria , definita nella nostra introduzione generale , cioè , la *dimanda* , *l' istruzione* , *la sentenza* , *i rimedi legali* , *e l' esecuzione*.

PRIMA DIVISIONE.

Dell' esecuzione per effetto di giudizio.

TITOLO PRIMO

Del modo di ricevere le cauzioni.

Chiamasi fidejussore colui che accede all' obbligazione di un altro, sottoponendosi , verso del creditore , a soddisfare siffatta obbligazione , ove lo stesso debitore non soddisfi.

La cauzione è convenzionale , legale o giudiziaria ; *convenzionale* , quando le parti l' hanno stipulata ; *legale* , quando la legge obbliga di somministrarla ; *giudiziaria* , allorchè è data per l' esecuzione di una sentenza. — (*Ved. Codice civile* , *lib.* 3 , *tit.* 14).

Il Codice di procedura occupasi soltanto delle cauzioni che debbono prestarsi in giudizio , sia in forza della legge, sia in forza di sentenza ; e per conseguenza , regola il modo che devesi seguire per *riceverla*, val dire per l' ammissione, nella qualità di *fidejussore*, della persona presentata dalla parte obbligata di prestare la cauzione.

Tutte le sue disposizioni tendono a garentire che siffatta persona riunisca le condizioni dalla legge richieste. (*Ved. qui appresso il comentario sull' articolo.*)

ART. 517 † 600. *Quella sentenza che ordinerà di prestar cauzione* , *fisserà anche il termine* , *nel corso del quale debba essere presentata* , *e quello nel corso del quale debb' essere accettata o contradetta.*

Ordin. del 1667 , tit. 28 , art. 1 — C. C. art. 5 , 16 , 120 , 201 , 626 , 771 , 807 , 1518 , 1613 2017, 2041 , il tit. 14 , lib. 3 , e particolarmente il cap. 4. — C. di P. , art. 17 , 135 , 155 , 439 , 542 , 832 , 992 , 1035. C. d' istruzione crim. art. 44 , 117 e seguenti.

CCCCXXI. Il Codice civile enuncia i diver-

si casi nei quali uno è obbligato a dar cauzione. (*Ved. gli art. qui sotto citati*). Ve ne sono altri i quali non possono essere preveduti, dipendendo da circostanze che il giudice valuta nella sua saggezza; ma in tutti i casi la sentenza la quale ordina di prestar cauzione deve, secondo l'art. 517, fissare il termine nel quale bisogna presentarla, accettarla o impugnarla. Il fissare tali termini risparmia le liti che nascevano sotto l'antica legislazione per la mancanza di una legge positiva a tal riguardo.

1824. *Se il giudice autorizza soltanto la esecuzione di una sentenza, non ostante appello, coll' obbligo di prestar cauzione, deve far fissare un termine per l' esecuzione di siffatta obbligazione?*

Comunque generale sembrasse la disposizione dell'articolo 517, noi non crediamo che la presente quistione debba esser decisa per l'affermativa. Infatti, come dice Delaporte, t. 2, p. 95, dipende dalla parte autorizzata ad eseguire una sentenza, sotto la condizione di prestar cauzione, di procedere o pur no a siffatta esecuzione: non avvi dunque alcuna ragione per obbligarla a prestarla in un dato termine; ma basterà il proprio interesse per farla affrettare, perciocchè non potrà eseguire la sentenza che avrà ottenuta, se non dopo aver adempito alla condizione sotto la quale vi è stata autorizzata. L'articolo non sembraci dunque applicabile se non nelle circostanze soltanto in cui il giudice *condanna* a prestar cauzione — (*Ved. Thomines pag.* 208).

Laonde non abbiamo bisogno di soffermarci alla quistione trattata affermativamente da Lepage, nelle sue quistioni, pag. 354, e che è quella di conoscere se, nel caso in cui l'esecuzione provvisionale è ordinata coll' obbligo di prestar cauzione, la parte che l'ha ottenuta deve, onde procedere alla esecuzione, priachè si producesse appello, adempiere alla obbligazione impostale. È evidente che il termine non decorrerebbe, in siffatta circostanza, se non dal giorno in cui l'esecuzione non potesse essere che provisionale, per essersi notificato un' atto di appello. Ma questo caso non deve presentarsi, secondo le osservazioni precedenti.

1825. *Qual' è il termine fissato per riceversi la cauzione per parte di un maggiore offerente in una vendita all'incanto di un erede beneficiato, o nelle cause di commercio?*

Ved. il C. di P. art.832, 992†915 e 1068 e le nostre quistioni su questi articoli.

ART. 518 † 601. *La cauzione si offre con atto notificato alla parte, se non ha patrocinatore, ed al patrocinatore, se ne ha costituito. La notificazione deve contenere la copia dell'atto di deposito fatto in cancelleria de' documenti comprovanti la solvibilità della cauzione: salvo il caso in cui la legge non prescrive che la solvibilità sia provata con documenti* (1).

T. 71 e 91 — Ordinanza del 1667, tit. 28 art. 113. C. C. art. 440, 832, 952.

CCCCXXII. Tre condizioni, secondo il cod. civ. (*art.*2018 † 1889) sono necessarie perchè sia ammessa una cauzione; 1. bisogna che la parte abbia la capacità di contrattare; 2. che abbia beni sufficienti a rispondere dell' oggetto dell' obbligazione; 3. finalmente che sia domiciliata nella giurisdizione della Corte reale ove debb' essere ricevuta.

I documenti necessari per provare la capacità, la solvibilità ed il domicilio del fidejussore, debbono essere depositati in cancelleria, affinchè le parti interessate possano averne conoscenza. Vi sono intanto dei casi in cui non è necessario il deposito de'titoli che giustificano la solvibilità, come sarebbe allorchè trattasi di materia di commercio, o di cause civili di lieve interesse. (*Ved. C.C. art.*2219†2125 *e quistione* 1549.) In questi due casi, il cod. civ: vuole che la idoneità del fidejussore non si valuti soltanto per rispetto alle proprietà fondiarie, ma bensì per la fiducia che può egli inspirare alla giustizia, tanto per la sua morale quanto per i suoi beni mobili.

1826. *L' atto col quale presentasi la cauzione deve forse contenere citazione a comparire all' udienza, onde sentir pronunziare sull' ammissione in caso che sia contradetta?*

(1) GIURISPRUDENZA.

Il fidejussore la cui idoneità è contraddetta, non è ammissibile ad intervenire in causa, per istabilire egli stesso la sua idoneità; soltanto la parte che ha somministrata la cauzione ha la facoltà di farlo. (*Decisione della corte di Parigi del* 15 *aprile* 1820, *e Sirey, t.* 20 *part.* 2, *pag.* 201).

Berriat Saint-Prix, p. 490, not. 8, sostiene che l' affermativa risulta dall' insieme del presente titolo, e che trovasi d'altronde espressamente decisa per le materie di commercio dall'art. 440 † 551. Nulla di meno noi non crediamo che la citazione di cui è parola sia indispensabile come in ogni altra materia, poichè l'art. 520 dichiara che se la cauzione è contraddetta si porterà l' affare all' udienza con un semplice atto. Tale è benanche l'opinione di Pigeau, tom. 11. pag. 295, dapoichè non ha inserita alcuna citazione nel modello dato per l' atto di presentazione.

1827. *Per fissare il valore degl' immobili offerti dal fidejussore, debbonsi seguire le norme stabilite dall' art. 2165 † 2029?*

Noi crediamo che ciò costituirebbe un'errore evidente. È nota la massima *in toto jure, generi per speciem derogatur*. Allorchè il legislatore si è occupato della riduzione delle ipoteche non convenzionali, se, per valutare gl' immobili, ha fissato una tassa inferiore a quella alla quale tali specie di beni sono comunemente apprezzate e valutate, esiste una sorta di compenso nello stesso articolo; perciocchè l' ammontar dei crediti, paragonato al prezzo degl' immobili, è aumentato di un terzo; mentrechè nel caso di una vendita all' incanto egli è precisamente il valor del prezzo e delle obbligazioni del contratto che deve eguagliare il valore dell'immobile offerto per la cauzione.

Perciò fu deciso che l' art. 2165 non era applicabile fuori del caso particolare che ha per oggetto di regolare. — (*Ved. Sirey, parte* 2, *tom.* 7. *pag.* 117).

1828. *Il semplice atto col quale accettasi la cauzione, è forse un atto di patrocinatore?*

Che sì, comunque l'articolo dica che se la *parte* accetta la cauzione *essa* lo dichiarerà con un semplice atto; e ciò perchè ogni qual volta la legge adopera questa parola *parte*, intendesi del patrocinatore che la rappresenta, tranne se non siasi detto che la stessa parte adempirà personalmente a quanto richiedesi. — (*Ved. la Tariffa, art.* 71).

ART. 519 † 602. *La controparte può prendere comunicazione di detti documenti; e se accetta l'offerta cauzione, deve dichiararla con un semplice atto. In questo caso, o anche in quello in cui la parte non contraddice entro il termine che sarà stato fissato come sopra, il fidejussore dee fare in cancelleria la sua obbligazione che, senza bisogno di alcuna sentenza sarà esecutiva, anche per l' arresto personale, se ne venga il caso.*

T. 71 e 91. — Ordin. del 1667 — tit. 28, art. 3. — C. di P. art. 522.

CCCCXXIII. La legge deve sempre aver di mira di economizzare le spese, ed in questo scopo doveva lasciare alla parte interessata la facoltà di accogliere spontaneamente una cauzione, ch' essa giudica idonea. Le basta anche di tacere, perchè lo spirar del termine per impugnarla stabilisce naturalmente la presunzione di accettazione. Ricevuta in tal modo la cauzione sia espressamente, sia tacitamente, il fidejussore fa la sua accettazione in cancelleria, e la redazione ne sarà distesa dal cancelliere, *avuto riguardo alla natura della cauzione* (1), e questa obbligazione secondo il presente articolo diviene da se stessa esecutiva, di pieno dritto, anche coll' arresto personale, *se vi ha luogo*. — (*Ved la seguente quistione*)

1829. *Qual cosa indicano queste ultime parole dell' art.* 519, l' obbligazione della cauzione sarà eseguibile senza sentenza, anche coll' arresto personale, SE VI HA LUOGO?

Secondo Pigeau, tom. 1, pag. 511, e tom. 11, pag. 296, non vi sarebbe luogo ad arresto personale contro del fidejussore se non quando vi si fosse egli stesso sottoposto, perciocchè, egli dice, l'art. 2060, §. 5. † 1934 del C. C. esige siffatta dichiarazione pei due casi in esso indicati. Questo paragrafo è così concepito: « contro i fidejussori giudiziari, e gli altri fidejussori, anche di debitori che possono essere astretti coll' *arresto personale* ALLORCHÈ ESSI *si sono sottoposti a questo arresto*. « Or, dice Pigeau, la parola *essi* riferendosi grammaticalmente tanto a' fidejussori giudiziarii che agli altri, non vi ha ragione per li-

(1) Vale a dire che se la cauzione vien data per la esecuzione di una sentenza di condanna, l' accettazione deve consistere *nell'obbligo di rimborsare, dandosi il caso, l' ammontare delle condanne sopra i suoi beni e con arresto personale*. Ove si tratti di un erede beneficiato, l' obbligo consisterà *nel presentare il valore del mobiliare compreso nell'inventario, e la parte degl' immobili non delegata ai creditori ipotecari* ec. Finalmente ove si tratti di cauzione convenzionale, l' obbligo deve limitarsi all' esecuzione dell' atto, ed alle conclusioni delle parti.

mitarla a questi soltanto. Tal è benanche l'opione di Delvincourt, tom. 3, pag. 629, il quale fondasi principalmente sulla ragione che l'art. 519 del Codice di procedura suppone che possa accadere di non esservi luogo ad arresto personale contro i fidejussori giudiziarj.

Altri pensano al contrario, che i soli fidejussori di debitori soggetti ad essere astretti coll'arresto personale non possono esservi soggetti se non quando vi si siano sottoposti. Essi fondansi sul motivo rammentato da Malleville, t. 4, p. 145 e 146, che la prima redazione dell'art. conteneva unicamente che l'arresto personale avesse luogo contro i fidejussori giudiziari, senza esigere alcuna obbligazione, e che se oggidì si fa quistione nell'articolo di tale obbligazione, si è per effetto dell'aggiunzione che si è fatta da' fidejussori soggetti ad essere astretti con arresto personale, e relativamente a questi soli fidejussori.

Il tribuno Coupil-Prefeln sembraci avere inteso in questo senso l'art. 2060, perciocchè nel suo rapporto al corpo legislativo (*ved. edizione di F. Didot*, *pag.* 31), non mette, come Delvincourt, il fidejussore giudiziario nel numero dei casi in cui l'arresto personale può essere *stipulato*, ma vi piazza bensì i soli fidejussori di coloro che possono essere astretti coll'arresto personale.

Quello che ci mena a credere che bisogna appigliarsi a quest'ultima opinione, si è che prima della pubblicazione del Codice civile, era regola costante che ogni fidejussore giudiziario era costretto all'arresto, senza che vi fusse bisogno di sottoporvisi da parte sua. Or è poco verisimile che il legislatore avesse inteso fare l'innovazione che ammette Pigeau, avvegnachè nulla trovasi nella esposizione dei motivi della legge che annunciasse o spiegasse la sua intenzione, anzi all'opposto nel rapporto al corpo legislativo osservansi espressioni dalle quali puossi ragionevolmente dedurre il contrario. D'altronde l'art. 2040 il quale vuole che possonsi presentare in giudizio i soli fidejussori suscettibili di arresto, sarebbe superfluo, qualora il legislatore non avesse voluto che l'arresto avesse luogo di pieno dritto. Si sà in effetti, che una sottoposizione ad arresto di una persona la quale non fosse nella classe di quelle contro le quali potesse esercitarsi siffatto mezzo di esecuzione, reputasi come non avvenuta. Perciò Thomines, senza considerare l'art. 2060 † 1934, non si è appoggiato che su l'art. 2040 † 1912 per decidere, senza restrizione, che ogni fidejussore giudiziario possa esser costretto con arresto personale. L'art. 519 sembraci non supporre altri casi in cui *non siavi luogo ad arresto personale*, tranne quelli ne' quali la cauzione fosse ordinata in esecuzione della legge o del contratto (*) (1).

(*) Questa quistione presso di noi non può aver luogo, poichè l'art. 1934 n. 6. delle leg. civili, corrispondente all'articolo francese 2060 rimove ogni dubbio. Nel nostro articolo sta detto: « L'arresto ha luogo .... contro i *fidejussori giudiziari*: ogni altro fidejussore anche di debitori « che possono essere astretti con arresto personale, non vi sarà soggetto, se non quando siavisi espressamente sottoposto » Basta dunque essere fidejussore giudiziario perchè siasi obbligato all'arresto personale, nel mentre gli altri fidejussori lo sono sol quando vi si sieno espressamente sottoposti.

(1) Ma rimane ad osservare che potrebb'essere un errore il credere che qualunque fidejossore giudiziale sia soggetto ad arresto personale sol per effetto di siffatta fidejussione.

Per esempio, un usufruttuario non presta la cauzione a cui la legge lo assoggetta; un debitore sulla dimanda della parte interessata non dà la cauzione a cui si è egli obbligato; il tribonale ordina sia prestata. Non si poteva qui dire che tale cauzione sia giudiziale, poiche essa non è ordinata per la esecuzione di condanne pronunziate con questa medesima sentenza; ma solamente per la esecuzione della legge dei contratti. Tale fidejussore adunque non cessa d'essere legale, o convenzionale, e come tale non può essere soggetta ad arresto personale (*Demiau Crouzilhac*, *pag.* 360). se non risulta, sia dalla natura del debito, per cui fu presentata la cauzione, sia dal titolo, sia dalla legge che questo arresto debb'aver luogo (*V. il rapporto del tribuno Favard sul presente tit. nell'ediz. di F. Didot. pag.* 229). In quest'ultimo caso, ben si comprende che sarebbe sottoposto ad arresto personale non come *fidejussore giudiziale*, ma come fidejussore convenzionale o legale.

Quando però una sentenza pronunzia condanne principali contro una parte, coll'obbligo per colui che la ottiene di dar cauzione, per esempio, come dice Pothier nel Trattato della procedura, *parte* 4. *cap.* 1, *art.* 4, e nel Trattato delle obbligazioni n. 386, se accade che una parte sia condannata a pagare una data somma a condizione che colui che la riceverà debba dare buona e sufficiente cauzione di restituirla in certi casi; se la sentenza siasi dichiarata provvisoriamente esecutoria, sotto la stessa condizione; se il giudice ordina una cauzione, sia

1839. *E' forse necessario che la cauzione prestata sia accettata?*

Basta, secondo l' art. 519, che la cauzione presentata non fosse impugnata, onde indurre una accettazione tacita da parte di colui al quale viene offerta; intanto non è inutile a costui di dichiarare formalmente ch'egli accetta la cauzione, poichè dopo siffatta accettazione egli può agire contro la sua parte, qualora il fidejussore presentato non fa la sua obbligazione.

Art. 520 + 603. *Se la parte non accetta la cauzione entro il termine fissato nella sentenza, sarà citata all' udienza con un semplice atto.*

T. 71 — Ordin. art. 3 — C. di P. art. 82, 994.

CCCCXXIV. Allorchè la parte a cui si è offerta la cauzione, l' impugna, ciò ch' essa deve fare con un semplice atto, uniformemente all' art. 71 della tariffa, bisogna considerare se quest' atto è stato fatto nel termine fissato dalla sentenza; poichè, come abbiam detto nel precedente articolo, reputasi accettata dal momento in cui è spirato il termine per impugnarla, purchè il fidejussore abbia fatta la sua obbligazione a norma dell' art. 519.

Epperò questa tarda contestazione rimane senz' effetto, e la parte, mediante tale obbligazione, può intraprendere l' esecuzione della sentenza o dell' atto in forza del quale dovea prestare cauzione. Se, al contrario, l' atto col quale la cauzione è stata impugnata è fatto nel termine, ovvero prima che avesse avuto luogo la obbligazione, il patrocinatore della parte che deve prestare la cauzione, cita il patrocinatore della parte avversa *a comparire all' udienza onde sentir rigettare l' opposizione, dichiararsi idonea la cauzione offerta*, ed ordinarsi per conseguenza che fosse ammessa la sua obbligazione.

Art. 521 + 604. *Le quistioni sulle ammissioni delle cauzioni vengono giudicate sommariamente senz' altra procedura o scrittura, e la sentenza si esegue non ostante appello.*

d' officio, sia sulla dimanda di una parte in taluni di quei casi i quali, secondo l'espressioni del Tribuno Favard, nel luogo or ora citato, non possono esser previsti, e che dipendono dalla circostanze che il giudice valuta nella sua saviezza; la cauzione allora dovendo prestarsi per la esecuzione della sentenza, è veramente giudiziale, ed il fidejussore è soggetto ad essere astretto coll'arresto personale, per aver contratta la sua obbligazione colla stessa giustizia.

Ordin. art. 3. — C. di P. art. 136 e seguenti 404 e seguenti.

Art. 522 + 605. *Se viene giudicato per la ammissione della cauzione, questa stipula la sua obbligazione in conformità al prescritto dall' art. 519.*

T. 71 e 91. — C. C. art. 2040.

CCCCXXV. Non essendo autorizzata alcuna specie di ricorso nè di scrittura, l' incidente che produce la contestazione della cauzione è discusso e deciso *sommariamente* all' udienza con un semplice atto, ed in preferenza di ogni altra causa scritta al ruolo. La cauzione è ammessa o rigettata. Nel primo caso, la sentenza essendo esegnibile non ostante appello, la persona che offre la cauzione fa la sua dichiarazione in cancelleria, nel secondo deve presentarsene un' altra osservando, le stesse formalità; come si vedrà nella seguente quistione.

1831. *Se il fidejussore cangia domicilio o muoja, deve sostituirsene un' altro?*

Si può, secondo Thomines, nei suoi quaderni di dettatura, sostener per l'affermativa che col cambiamento del domicilio del fidejussore la discussione ne sarebbe più difficile, e colla sua morte, colui a cui fu data la cauzione cesserebbe di avere l' arresto personale. Ma, aggiunge il nostro rispettabile collega, si può dire per la negativa che colui il quale era obbligato a dar cauzione, e che vi ha da principio adempito, non può essere condannato a darne una novella per leggieri danni; che l' obbligazione di prestare una novella cauzione è imposta soltanto dalla legge nel caso d' insolvibilità; che finalmente l' obbligazione della cauzione passa ai suoi eredi, e che non vi ha luogo a dimandarne una novella. Siffatta opinione sembraci, del pari che a Thomines, preferibile alla prima.

1832. *Se avviene che la cauzione impugnata venga rigettata, la parte è forse ammessa a presentarne un' altra?*

Hautefeuille, pag. 303, crede che in siffatta circostanza, la parte obbligata a prestar cauzione debb' essere considerata come se non

l'avesse presentata nel termine fissato dalla sentenza, e che conseguentemente non è ammessa ad offrirne un' altra; in modo che sarebbe decaduta dal beneficio ch' erale accordato prestando una cauzione. Ma si preferirà senza dubbio l'opinione di Pigeau (*ved. tom.* 2, *pag.* 298), o degli autori del Pratico, tom. 4, pag. 19, i quali opinano che il tribunale può permettere alla parte di presentare un' altra cauzione, se la sentenza che aveva ordinata la cauzione non dichiara che, ove la parte non presentasse una persona idonea nel termine stabilito, perderà i vantaggi accordati sotto siffatta condizione dalla stessa sentenza. Ed in effetti, la legge non avendo pronunziata la decadenza, il giudice non può rendersi più di essa rigoroso, considerandola come operata di pieno dritto. Noi crediamo doversi ritenere per le decadenze come per le nullità, le quali non possono esser supplite dal giudice, giusta l' ultima disposizione dell' art. 1030 † 1106; che perciò gli è soltanto permesso, onde non prolungare all' infinito le contestazioni sul modo di ricevere le cauzioni, e di affrettare l' esecuzione delle sentenze, di non accordare il permesso di presentare novella cauzione che sotto la condizione di prestarla in un termine che fissa sotto pena di decadenza (1).

(1) Nulladimeno noi faremo una eccezione nella specie prevista dall' art. 807 † 726 del cod. civ., secondo la quale un erede beneficiato non può essere ammesso a dare una seconda cauzione, e ciò perchè l'ultima disposizione di questo articolo vuole che mancando questo erede di dare l' ordinata cauzione, i mobili siano venduti, del pari che la porzione d' immobili non delegata ai creditori ipotecari.

In quanto ai casi in cui l' accettato fidejussore divenga insolvibile, è noto che l' art. 2020 † 1892 del codice civile prescrive di dovarsene dare un altro.

Qui cade in acconcio di osservare con Pothier nel citato luogo, che avendo il tribunale qualche dubbio sulla sufficiente idoneità del fidejussore, potrebbe ordinare che la cauzione sia *rafforzata* da un certificatore il quale s' obblighi unitamente al fidejussore. Dubitavasi anticamente (*v. Lange, nel cap.* 34 *del libro* 4.) che il certificatore potesse escutere il debitor principale ed il fidejussore; ma l' art. 2043 † 1915 del codice civile ha tolta ogni incertezza a questo riguardo, pronunziando negativamente su questa difficoltà.

Qui si potrebbe dimandare se una parte condannata a dar cauzione, potesse dividerla tra due persone: vale a dire presentare due fidejussori; di cui ciascuno s' obbligasse per metà. Noi crediamo di no' a motivo che dal complesso del titolo che noi spieghiamo, risulta che il legislatore ha sempre supposto un solo fidejussore, e perchè d' altronde l' aver causa con due persone sarebbe contro all' interesse di colui in favore del quale vien prestata la cauzione.

Modello di sentenza che ordina la cauzione.

Il tribunale condanna il sig. A. . . a pagare al sig. B. . . la somma di . . . per l' importo dell' obbliganza suddetta, con i frutti secondo la legge, e le spese. E siccome il sig. A. . . ha dimandata una dilazione, così gli si accorda la dilazione di un anno pel pagamento del detto capitale ed interessi, contando da questo giorno e pagando la quarta parte in ogni tre mesi; e mancando al primo o ad altro susseguente pagamento, vi sarà tenuto per l' intero; la quale dilazione non avrà luogo, se non a condizione che dia a B. . . una buona e valida cauzione tra lo spazio di tre giorni da oggi, altrimenti, passato il detto termine, sarà costretto a pagare il detto capitale ed interessi, il sig. B. . . sarà tenuto, nel caso che sarà presentata la detta cauzione, di ammetterla o impugnarla nel termine di otto giorni; altrimenti passati che saranno, la cauzione suddetta sarà tenuta per buona, e farà la sua obbliganza nella cancelleria.

Modello di atto di deposito nella cancelleria de' titoli comprovanti la solvibilità di un fidejussore.

Oggi . . . è comparso nella cancelleria il signor Pietro . . . assistito dal sig. A. . . . suo patrocinatore, il quale in esecuzione di una sentenza del tribunale di . . . ha depositato una copia di un contratto stipulato avanti N. N. notaro, contenente l' acquisto fatto dal sig. Luigi abitante in . . . di una casa situata in . . . unitamente al certificato del conservatore delle ipoteche di... in data di . . . registrato a . . . da . . . attestante, che detta casa non è gravata da veruna ipoteca (*ovvero*) l' estratto dell' iscrizione comprovante che la detta casa è gravata d' ipoteche soltanto sino alla concorrenza di . . . il tutto per essere comunicato al sig. Paolo, ad effetto di documentargli, che il sig. Luigi che gli sarà presentato come mallevadore dal comparente, in esecuzione della detta sentenza, è persona solvibile. Del qual deposito, il comparente ha richiesto atto, e si è firmato col detto sig. A. . .

Modello di presentazione della cauzione con atto di usciere.

L' anno ec. ad istanza del signor Pietro . . . si notifica al signor Paolo . . . che in adempimento

della sentenza del dì . . . . il detto signor Pietro presenta al signor Paolo per cauzione delle cause enunciate in detta sentenza, la persona del sig. Luigi abitante a . . . il quale è notoriamente solvibile, come vien documentato dai titoli e carte del dì . . . di cui viene col presente data copia; intimando al detto sig. Paolo di prenderne comunicazione; accogliere o contraddire la detta cauzione nel termine di . . . fissato nella detta sentenza; dichiarandogli, che mancando di ciò fare, la detta cauzione sarà considerata come accettata; ed il fidejussore farà la sua obbligazione nella cancelleria. Ed ho al detto sig. Paolo, parlando come sopra, lasciata copia del detto atto di deposito, non meno che del presente.

Modello di presentazione di cauzione con atto di patrocinatore.

Ad istanza del sig. Pietro,

Si notifica e dichiara al sig. . . patrocinatore del signor Paolo che in esecuzione ec.; (*il rimanente come nell' atto su riportato*).

Modello di atto di accettazione di cauzione.

Ad istanza del sig. Paolo.

Si dichiara al signor . . . patrocinatore del signor Pietro:

Come il detto signor Paolo accetta il signor Luigi, che gli è stato presentato come mallevadore in esecuzione della sentenza del . . . dal detto signor Pietro con atto del . . . in conseguenza intima al detto signor Pietro di far fare al detto signor Luigi la sua obbliganza nella cancelleria, e notificarne l'atto al sig. . . patrocinatore del detto signor Pietro *tra il termine* . . . altrimenti protesta che il detto sig. Pietro decaderà da tutt'i vantaggi accordatigli dalla detta sentenza ec.

Modello di atto di obbliganza del fidejussore.

Oggi ec. . . È comparso nella cancelleria il sig. Luigi abitante in . . . assistito dal sig. A. . . patrocinatore, il quale ha dichiarato che egli si rende mallevadore pel signor Pietro dell' esecuzione della sentenza pronunziata in questo tribunale sotto il dì . . . tra quest' ultimo e il signor Paolo. In conseguenza egli si sottopone all' arresto personale, in caso che il detto signor Pietro manchi di eseguire la detta sentenza, e . . . (*si mettono qui le obbligazioni imposte dalla sentenza*). Di che ha richiesto atto, e si è firmato col detto signor A. . .

Modello di atto contenente il rifiuto della cauzione.

Ad istanza del signor Paolo.

Si avvisa il signor . . . patrocinatore del signor Pietro, a comparire all' udienza del . . . per sentir rigettare l' atto di fidejussione dato dal signor Luigi pel detto signor Pietro con atto del dì . . . in esecuzione di sentenza del dì . . . attesochè . . . (*si enuncia il motivo*). Di che ec.

Modello di sentenza che rigetta la cauzione.

Il tribunale senz' attendere nè aver riguardo alla cauzione presentata dal . . . la quale è insufficiente, dichiara detto sig. . . decaduto dalla dilazione (*o altri vantaggi*) ad esso accordati colla sentenza del dì . . . in conseguenza ec.

Modello di sentenza che ammette la cauzione.

Il tribunale, sens' attendere nè aver riguardo alla dimanda del signor A. . . per lo rifiuto della persona di Luigi, presentato per prestar cauzione pel sig. B. . . con atto del dì . . . la quale dimanda del detto signor A. . . rimane rigettata, ammettendo il predetto Luigi a prestar cauzione; in conseguenza ordina, che facendosi dal detto Luigi la sua obbliganza nella cancelleria tra il termine di . . . e notificandosi l' atto predetto dal sig. B. . . al sig. A. . . goderà de' vantaggi ad esso accordati colla prefata sentenza del . . . Condanna il sig. A. . . nelle spese: il che sarà eseguito non ostante l' appello, e senza pregiudicarvi.

TITOLO II.

Della liquidazione dei danni ed interessi (1).

Secondo il principio di equità stabilito nelle disposizioni generali dell' art. 1382 † 1336 e seguenti del cod. civ., ciascuno è risponsabile del danno che ad altri cagiona, o per fatto proprio, o per quello dei domestici, o per occasione di cose che gli appartengono.

I danni ed interessi sono l' indennizzazione del compenso dovuto per effetto di questa risponsabilità alla persona che si è cagionato il danno, ed applicansi non solamente alla perdita sofferta, ma benanche alla privazione del lucro che avesse potuto fare (2).

(1) Vedi il Codice civile, lib. 3, cap. 4, sez. 4. ed ivi gli art. 1382 e seguenti † 1336 e seguenti, e sopra art. 128 † 221.

(2) Il vocabolo *danno*, impiegato da se solo, significa la indennità dovuta per un pregiudizio già sofferto, ed il vocabolo *interesse* significa la indennità della perdita di un lucro di cui taluno è stato privato per fatto altrui. Uniti poi questi due vocaboli *danni ed interessi* formano una espressione collettiva la quale comprende l' una e l' altra indennità. *Quantum nobis abest, quantumque lucrari potuimus.* (*L. 13 ff. rem ratam haberi.*)

Secondo l'art. 128, il giudice deve, *per quanto è possibile*, liquidare i danni ed interessi, val dire determinare l'ammontare della somma nella quale furono da lui valutati colla sentenza medesima che ne ordina il pagamento: vi ha luogo dunque a procedere uniformemente alle disposizioni del presente titolo, nel caso soltanto in cui i giudici non avendo potuto fare contemporaneamente siffatta liquidazione, ordinano, in conformità dello stesso articolo, che i danni ed interessi *sieno pagati precedente nota specifica*.

ART. 523 + 606. *Se il giudicato non ha determinato la somma da rifarsi per causa di danni ed interessi, l'attore ne presenta la specifica, e la fa notificare al patrocinatore del reo, se ne ha costituito, ed i documenti giustificativi sono comunicati contro ricevuta del patrocinatore, o per mezzo della cancelleria.*

Tit. 91 e 141. — Ordin. del 1667, tit. 32, art. 1. — C. C., art. 1146 e seg. — C. di P., art. 97, 98, 126, 128, 551.

1833. *In qual modo ed a chi è notificata la dichiarazione dei danni ed interessi, allorchè la parte contro della quale essa è data non ha patrocinatore in causa?*

È notificata con atto personalmente o al domicilio. — (*Ved. quist. di Lepage*, *pag.* 357, *e Berriat Saint-Prix*, *pag.* 495, *not.* 9.)

1834. *Il patrocinatore del convenuto può farse indefinitamente agire, senza novella procura, nel giudizio di liquidazione?*

L'art. 4 del tit. 2 dell'ordinanza disponeva come l'art. 523, e secondo le osservazioni di Pussort, taluni pratici pensavano che siffatta costituzione tacita fosse indefinita. (*Ved. processo-verbale tit.* 29, *art.* 2.) Rodier, sull'enunciato articolo dell'ordinanza diceva all'opposto che, secondo l'uso, il mandato di procuratore, anche per l'esecuzione della sentenza, terminava dopo tre anni. Oggi l'art. 1038 + 1115, dichiarando che i patrocinatori sono tenuti di agire senza novella procura, purchè l'esecuzione abbia luogo nell'anno della promulgazione della sentenza, noi crediamo come Rodier, *ubi supra*, sotto l'impero dell'ordinanza, che diverrebbe necessario, allo spirare di questo tempo, di citare la parte per la costituzione di un novello patrocinatore. — (*Ved. Berriat Saint-Prix*, *pag.* 495, *not.* 5.)

ART. 524 + 607. *Il reo è tenuto ne' termini fissati dagli art.* 97 *e* 98 + 192 *e* 193, *e sotto le pene ivi prescritte, di restituire i detti documenti e di fare all'attore entro otto giorni dalla scadenza di detti termini l'offerta* (1) *di quella somma che intende pagargli per titolo di danni ed interessi; altrimenti la causa è portata all'udienza con un semplice atto, ed ivi si condanna il reo a pagare la somma portata dalla specifica dell'attore, semprechè si riscontri giusta e ben fondata.*

Tit. 71 e 147. — Ordin. del 1667, tit. 32, art. 1, part. 2. — C. C. art. 1257, e seguenti. — C. di P., art. 126, 812.

1835. *Qual'è il termine nel quale debbono restituirsi i documenti comunicati?*

L'articolo dice che debbono restituirsi nei termini fissati cogli art. 97 e 98 + 192 e 193 e leggesi nell'opera di Pigeau, tom. 1, pag. 367, che siffatto termine è di quindici giorni.

Demiau Crouzilhac, pag. 363, Hautefeuille, pag. 304 dicono al contrario ch'è di 24 ore soltanto, secondo le espressioni dell'art. 97. Bisogna osservare che l'art. 524 esige che la comunicazione sia effettuita prima della notificazione delle offerte, mentre che l'art. 97 non esige l'esibizione de'documenti per l'istruzione per iscritto, se non dopo la intimazione delle risposte del convenuto. Or il termine di ventiquattr'ore non è fissato se non per quest'ultimo caso; epperò il termine di quindici giorni è quello accordato per la liquidazione dei danni ed interessi, siccome sostiene Pigeau.

In una parola noi crediamo che il convenuto ha quindici giorni per prendere comunicazione dei titoli giustificativi della dichiarazione, perciocchè egli, in un giudizio istruito per iscritto, ha il medesimo termine per prendere comunicazione della produzione.

1836. *In quali pene incorrerebbe il convenuto ove non restituisse i documenti de' quali ne ha presa comunicazione?*

Lepage, nelle sue Quistioni, osserva a tal

In generale indendesi poi per *liquidazione* la quale deriva dal latino *liquet*, è *chiaro*, e *manifesto*, la valutazione di talune cose ad un prezzo o ad una quantità, che non ancora e determinata.

(1) Offerte cioè della somma alla quale egli valuta i danni.

proposito, che vi è incorso nell' art. 524 un errore di stampa, in quanto che desso dichiara che il convenuto sarà obbligato, nel termine fissato dagli art. 97 e 98, *e sotto le pene ivi dichiarate*, di esibire i documenti ec. » È evidente, egli dice, che invece di citare l'art. 98, il quale non è affatto applicabile alla presente procedura, il legislatore ha voluto parlare dell'art. 107: in quest'articolo sono pronunciate le pene contro i patrocinatori i quali non restituissero le produzioni ricevute per prenderne comunicazione. Devesi leggere adunque questo testo come se fosse così concepito: Il *convenuto sarà tenuto, nel termine fissato dall' art. 97, e sotto le pene prescritte dall' art. 107 ec.* ».

È vero che non trovasi alcuna pena prescritta, sia nell' art. 97, sia nell' art. 98, comunque in questo ultimo sta detto, che ove l' attore non produce nel termine accordato, emetterà la sentenza sulla produzione del convenuto; ma questo articolo non è affatto applicabile al caso della liquidazione dei danni ed interessi, poichè lo stesso art. 524 contiene una disposizione dello stesso genere. Nulladimeno noi non pensiamo che bisogna necessariamente sostituire all' art. 98 l'art. 107; in tal modo verrebonsi a contrariare le intenzioni del legislatore. Sarebbe meglio, secondo noi, per obbligare alla restituzione dei documenti presi in comunicazione, applicare l' art. 191, il quale racchiude una disposizione generale, piuttosto che l' art. 107, il quale riferiscesi al caso particolare dell' istruzione per iscritto.

1837. *Il convenuto ha forse il dritto di fare osservazioni contro la dichiarazione dell' attore ?*

Che sì; l'art. 142 della tariffa concede al convenuto il dritto di *postillare*, val dire di censurare siffatta dichiarazione, perciocchè accorda al patrocinatore del convenuto un onorario per ciascuna postilla; se dunque il convenuto ha dei motivi per far rigettare o modificare uno o molti articoli, li mette sommariamente in margine di ciascuno di essi, ed appunto dopo questa contraddizione egli fa le offerte di tale o tal' altra somma alla quale egli stesso valuta i danni ed interessi.

1838. *In qual modo fannosi dal convenuto le offerte ?*

Esse si fanno con atto di patrocinatore, uniformemente all' art. 71 della tariffa.

1839. *Le offerte debbono farsi in danaro contante ? E se non sono accettate, puossi consegnarne l' ammontare ?*

La legge non richiede affatto che le offerte siano realizzate o fatte in contante: sono dunque puramente *verbali*; e come che si fanno con atto di patrocinatore, e quello del convenuto non ha carattere per esigere se non ha facoltà speciale a tal effetto, noi non crediamo che sia permesso di consegnarne l'ammontare prima di averle rinnovate con atto di parte. — (*Vedi Hautfeuille*, *pag.* 304 : *Delaporte tom.* 2, *pag.* 105; *Pigeau*, *tom.* 1, *pag.* 307, *e l' art.* 352.)

1840 *Allorchè il convenuto presta acquiescenza alla dichiarazione, vi bisogna forse una sentenza di accordo o di espediente ?*

L' art. 2 del tit. 32 dell' ordinanza dichiarava che in caso di accettazione della dichiarazione per parte del convenuto, sarebbe stipulato appuntamento di condanna, che sarebbe ricevuto in udienza. Il codice non ha ripetuta questa disposizione, ed al contrario gli art. 524 e 525 non suppongono che le parti vengano all' udienza soltanto nel caso in cui il convenuto non ha fatto le offerte nel termine, o allorchè impugna la dichiarazione. Delaporte, *ubi supra*, crede che bisogna anche oggidì seguire la regola prescritta dall' ordinanza, attesochè, egli dice, il solo consenso non dà all' attore il dritto di eseguire. Ma Demiau Crouzilhac dice che non resta all'attore se non il dritto di citare il convenuto di pagare fra le ventiquattrore, prevenendolo che in mancanza di pagamento si dirigerà al presidente, per ottenere esecutorio fino alla debita concorrenza. Noi pensiamo, come Delaporte, che l'attore ha il dritto di chiamare il convenuto all' udienza, per ottenere una sentenza la quale, sul consenso delle parti, accordi atto di acquiescenza del convenuto e lo condanni al pagamento. Siffatta sentenza è quella che chiamasi in Bretagna una sentenza di *espediente*; altrove, sentenza *convenuta o d' accordo fra le parti*. La ragione che ci fa adottare quest'ultimo avviso, si è perchè trovasi uniforme alle regole ordinarie della procedura, mentre quello di Demiau Cronzilhac stabilisce un termine arbitrario, e suppone nel presidente un' attribuzione che la legge non gli ha conferito. (*Vedi la quistione*. 1459.)

ART. 525 † 608. *Se la somma stata offerta*

dal reo, e non accettata dall'attore, si giudica sufficiente, l'attore è condannato alle spese dal giorno dell'offerta in avanti (1).

Ordin. del 1667, tit. 3.—C. C. art. 1260—C. di P., art. 130.

1841. *In qual modo deve il tribunale comportarsi, laddove non possa egli stesso valutare esattamente i danni ed interessi, a norma delle contestazioni delle parti?*

Tutti gli autori che hanno discussa siffatta quistione credono che il giudice deve nominare i periti, ovvero ordinare un'esame secondo le circostanze. (*Vedi Pigeou, tom.* 2, *pag.* 308; *il Pratico, tom.* 4, *pag.* 25, *e Berriat Saint-Prix, pag.* 495, *not.* 9.) All'indarno obietterebbesi contro siffatta decisione che molte corti di appello avevano proposto d'inserire nel Codice una disposizione a tal riguardo, e che non si è affatto tenuto conto di tali osservazioni. Si comprenderà ch'era inutile fare un'articolo per ordinare al giudice di mettere in opera una cosa indispensabile. Da ciò dunque solamente risulta che non prescrivendo la legge l'obbligo di ordinare una perizia o un esame, gli lascia il dritto di fissare i danni ed interessi, *allorchè crede poter giudicare su questo punto senza ricorrere a mezzi d'istruzione*; ma non si può dire che non possa adoperare tali mezzi, quante volte lo creda necessario, poichè è regola costante che si ha sempre la facoltà di cercare dei chiarimenti nei modi generalmente offerti dalla legge per giungere a siffatto scopo.

1842. *Allorchè un tribunale ha liquidato i danni ed interessi ad una somma determinata, aggiungendo però*: SE MEGLIO LE PARTI NON AMINO DI NOMINARE DEI PERITI, *in un dato termine, può questo tribunale, allorchè le parti si sono convenute sulla nomina dei periti, e questi han diggià proceduto, ordinare una novella perizia, uniformemente all' art.* 322?

Dicesi per la negativa, 1. che il tribunale non avendo affatto ordinato la perizia per sua propria istruzione, poichè ha egli stesso liquidato i danni, non può, senza ritrattarsi su questo punto, ordinare una novella perizia il cui oggetto non potrebb' essere se non che quello di pronunziare in seguito una condanna diversa dalla prima; che per conseguenza non può in questo caso usare della facoltà concessagli dall' art. 322; 2. che la scelta da lui concessa alle parti, sia di uniformarsi alla sua liquidazione, sia di farla determinare da' periti, l'obbliga a seguire l'avviso dei periti ai quali esse hanno preferito sottomettersi, invece di starsene alla liquidazione del tribunale.

Ma noi rispondiamo, 1. che la sentenza la quale dichiara una parte soggetta ai danni ed interessi verso dell'altra, presenta, per determinarne il valore, due disposizioni facultative essenzialmente distinte; l'una colla quale il tribunale, nello scopo di mettere un termine alle discussioni, valuta approssimativamente e prima di accertarsi su questo punto, il danno sofferto; l'altra colla quale lascia alle parti la scelta di una liquidazione precisa per mezzo della perizia; 2. che la prima di queste disposizioni, offerta alle parti come un mezzo di transazione, non può nè deve aver effetto se non accompagnata almeno dal loro tacito consenso, poichè sol quando mancasi di eseguire la scelta, nel termine fissato, la liquidazione provvisoria debbe divenir definitiva; 3. che siffatta disposizione, priva del consenso che deve animarla, addiviene caduca, e deve considerarsi come non avvenuta, dal momento in cui le parti, usando della facoltà loro accordata, prendono per regola la seconda disposizione, la quale fa necessariamene cadere la prima; 4. finalmente, si può conchiudere da siffatte osservazioni che la sentenza addiviene una semplice interlocutoria, ordinando preliminarmente una preventiva discussione (2).

(1) GIURISPRUDENZA.

I giudici ordinando una restituzione di frutti non possono determinarne la quantità cumulativamente con altre condanne di danni ed interessi: fa duopo, in quanto ai frutti, che la loro liquidazione sia preceduta da un conto renduto in giudizio nelle forme prescritte dal codice. (*Decis. della corte di Cass. del* 20 *dicembre* 1819; *vedi Sirey, tom.* 20, *pag.* 187.)

(2) Questa è la nostra opinione su tale quistione, la quale può spesso presentarsi, ed il tribunale di commercio di Sain-Malo l'ha sciolta in questo senso. Noi conveniamo che a prima giunta sembra avere qualche cosa di bizzarro; poichè ammetterebbe la possibilità di una interlocutoria su di un punto che sembra già definitivamente deciso; ma questa contraddizione, la quale non è che apparente, scomparisce quando osservasi che

1843. *Allorchè una sentenza aggiudica i danni ed interessi da liquidarsi mediante nota specifica, e che non pronunzia l' arresto personale nel caso in cui è permesso, siffatto arresto può essere ordinato colla sentenza che liquida i danni ed interessi?*

Rammentiamoci che l'art. 126 dispone potersi ordinare l' arresto personale pei danni ed interessi, allorchè eccedono 300 franchi; ed abbiamo detto nella quistione 532, che in tutt' i casi in cui quest' arresto può essere pronunziato, debb' esserlo colla stessa sentenza la quale decide la lite; or siffatta sentenza non è quella che determina la liquidazione dei danni ed interessi, la quale è una semplice esecuzione della prima: dunque, per una necessaria illazione, dobbiamo risolvere negativamente la presente quistione.

Ma potrebbesi obbiettare, nel caso particolare in disamina, che l'arresto non dovendo essere pronunziato se non quando i danni ed interessi eccedono i 300 fr. non si può eseguirlo colla prima sentenza, poichè ignorasi allora a qual somma ascendono. Noi rispondiamo che in questo caso il giudice pronuncierà l'arresto personale, a condizione se i danni ed interessi giungeranno al valore dalla legge fissato (1).

Modello di specificazione de' danni ed interessi.

Specificazione de' danni ed interessi a' quali con sentenza del dì . . . il signor B . . . è stato condannato verso il signor . . . del seguente tenore.

La somma di . . . per la causa . . . come è provato col documento . . . ec.

Modello di notificazione della specificazione fatta con atto di patrocinatore.

Ad istanza del signor A . . . si notifica e si da copia al signor . . . patrocinatore del signor B . . . della specificazione de' danni ed interessi, a' quali in vigor di sentenza del dì . . . il detto signor B . . . è stato condannato verso il signor A . . . ed affinchè il detto signor B . . . non possa allegare ignoranza; intimando il detto signor . . . di prender comunicazione nella cancelleria de' documenti giustificativi della detta dichiarazione, e di restituirli fra il termine della legge, ed otto giorni dopo fare le sue offerte; altrimenti protesta il detto signor A . . . di adire il tribunale per ottenere la condanna dell'importare della detta dichiarazione. Di che ec.

Modello di atto per la notificazione della specificazione.

L' anno ec. . . . ad istanza del signor A . . . ec. Io N. N. ec. ho notificato e dato copia al signor B . . . della specificazione de' danni interessi a' quali in virtù di sentenza del dì . . . il detto signor B. . . è stato condannato verso il signor A . . . affinchè il detto signor B . . . non possa allegare ignoranza; intimandogli di prendere la comunicazione ec.

Modello di offerta de' danni ed interessi con atto di patrocinatore.

Ad istanza del signor B . . .

Si notifica e dichiara al signor C. . . . patrocinatore del detto signor A . . .

Che il detto signo B . . . offre al detto signor A . . . la somma di . . . per li danni ed interessi alli quali è stato condannato verso il detto signor A . . . il detto signor B . . . in virtù di sentenza del dì . . . alla qual somma i detti danni ed interessi devono essere ridotti, secondo le postille messe dal signor D . . . patrocinatore del signor A . . . in margine della di lui specificazione, intimando al detto signor A . . . di accettarle, farne la ricevuta e restituire le carte e documenti nello spazio di tre giorni, altrimenti protesta il detto signor R. . . di fargli con atto di usciere delle offerte reali, e procedere a farne dichiarare la validità, e il deposito, il tutto a spese del detto signor A. . . Di che ec.

Modello di offerte per atto di usciere.

L' anno ec. . . . ad istanza del signor B. . . Io ec. sottoscritto., proseguendo le offerte fatte al signor A . . . qui sotto nominato, con atto notificato al signor C. . . suo patrocinatore, il dì... da N. N. legalmente registrato il dì . . . da . . . che ha ricevuto . . . la somma di . . . (*in tante monete*) per l' importare de' danni ed interessi, a' quali il detto signor B. . . è stato condannato verso il detto signor A. . . con sentenza del . . . alla quale somma detti danni ed interessi debbono essere fissati, secondo la postille messe dal signor D. . . patrocinatore del detto sig. B. . . in margine della specificazione di quelle notificata

le altre disposizioni essendo alternative ed a scelta delle parti, quella a cui esse sonosi appigliate dee sussistere con tutt' i suoi effetti, come se l' altra non fusse mai esistita.

(1) Lepage è, come noi, di parere che l'arresto non può essere pronunziato se non dalla sentenza che giudica sul principale; ma egli si decide per altri motivi i quali del resto non farebbero che confortare quelli da noi dedotti. (*Vedi le quistione di questo autore nella pag.* 358.)

dal detto signor A... il quale signor A... parlando come sopra, ha rifiutato di ricevere le suddette offerte, senza addurre motivi del suo rifiuto, e si è firmato. Veduto il qual rifiuto, gli ho dichiarato che il detto signor B.. ricorrerà per farne pronunziare la validità, e ordinare il deposito delle suddette offerte, e gli ho, parlando come sopra, lasciata copia del presente.

Modello di atto per dimandare la condanna dell' importare della specificazione in mancanza di offerta.

Ad istanza del signor A. si avvisa il sig. D... patrocinatore del sig. B... di comparire il dì... all' udienza del tribunale per sentire ordinare che, non avendo il signor B... offerta la somma di ... importare della specificazione a lui notificata a dì ... dei danni ed interessi ai quali è stato condannato in favore del signor A... in forza di sentenza del dì ... debitamente registrata e notificata, sarà condannato a pagare la detta somma di ... unitamente agl' interessi da oggi in poi ed alle spese. Di che ec.

TITOLO III.

Della Liquidazione dei Frutti.

I frutti sono le rendite di una terra, di una casa, di un capitale; il Cod. civile (*art.* 547† 472 *e seg.*) spiega in che essi consistono; e quello di procedura, a differenza dell'ordinanza del 1667, la quale aveva stabilito per la liquidazione di essi particolari formalità, limitasi a dichiarare (*art.* 526) che sarà fatta secondo le regole e le formalità del rendimento giudiziario de' conti.

Di fatti, la liquidazione dei frutti altro non presenta se non un conto a regolare, perciocchè questa si fa calcolando l' *introito* o la *percezione* con *l'esito*, val dire colle spese dei lavori, fatiche e semenze, le quali debbono essere prelevate dal prodotto percepito; del resto, l'art. 129†221 ha fissato le regole secondo le quali devesi calcolare il valore de'frutti da liquidarsi; e disponendo che questa valutazione si farà a norma delle mercuriali, ha risparmiato alle parti le spese e le lungherie di perizie e di esami.

ART. 526 † 509. *Chi è condannato a restituire i frutti, ne rende conto nella forma prescritta qui appresso, e si procede e come per gli altri conti che si rendono in giudizio.*

C. di P., art. 529, 633, e 640.—C. C.; art. 537 e seguenti.

1844. *Quali sono le regole a norma delle quali si fa la valutazione de' frutti?*

Essa si fa secondo le basi stabilite nell' art. 129 † 221. — (*Vedi la quistione* 545.)

TITOLO IV.

Del rendimento dei conti.

Chiunque ha amministrato le cose altrui è tenuto a render conto. *Rendere conto*, vuol dire presentare a colui per conto del quale si è amministrato, un distinto stato di quel che ha ricevuto e speso per lui.

Nel bilancio di queste due partite, la somma ch' eccede l'esito forma ciò che chiamasi il *reliquat* o *debet*, in altri termini quello che il *contabile* ovvero *chi rende il conto* deve a colui al quale il conto è dato, denominato *Oyant* (1). La somma al contrario ch' eccede l' esazione, forma *l' avvanzo di colui che da il conto*, e per conseguenza un credito a suo profitto contro di colui a cui si è renduto il conto.

La determinazione di questo risultamento forma l'oggetto di tutte le disposizioni del presente titolo.

Esse debbono osservarsi, qualunque sia l' oggetto del conto, ed il titolo in forza del quale è renduto giudiziariamente; nè avvi eccezione tranne quella che riguarda i conti enunciati qui appresso nella nota *seconda*.

Laonde comunque siffatte disposizioni facciano parte di un libro che tratta dell'*esecuzione delle sentenze*, sono sempre applicabili al rendimento dei conti chiesti *con azione principale*, e per conseguenza hanno luogo in seguito di un giudizio. Del resto, le disposizioni principali di questo titolo furono attinte dall'ordinanza del 1667; ma trovansi nei particolari importanti miglioramenti, taluni punti di competenza chiari e precisi, una più grande semplicità nelle forme, e maggior celerità nell'andamento della liquidazione (2).

(1) *Oyant* dal vocabolo francese *ouir* derivato di *audire*, ascoltare: l' *oyant* (*ascoltante*) è quello che sente il conto per farne la discussione.

(2) Noi osserviamo inoltre sul complesso di questo titolo,

Primieramente esservi regole particolari risguardanti o le persone soggette a render conti relativi a pubblici danari; (v. *la legge del* 16 *settembre* 1807) o i condividenti, relativamente ai conti che

ART. 527 † 610. *Le persone obbligate a render conto sopra oggetti di amministrazione loro affidata dal giudice, dovranno essere citate avanti lo stesso giudice che l'avrà destinate: i tutori debbono esserlo innanzi al giudice del luogo in cui la tutela è stata deferita; tutti gli altri avanti il giudice del domicilio* (1).

Ordin. del 1667, tit. 29, art. 2.— C. di P.; art. 472, 907 e 995.

CCCCXXVI. L' ordinanza non parlava che di due specie di persone obbligate a dare il conto; quella nominata dal magistrato poteva essere citata a rendere il conto davanti il giudice che aveala nominata; tutti gli altri dovevano essere citati davanti il giudice del loro domicilio. L' art. 527 distinguendo tre specie d' individui soggetti a dare il conto: 1. quelli nominati giudiziariamente; 2. i tutori; 3. quelli che non sono nè tutori, nè nominati giudiziariamente, formalmente prescrive che i primi saranno citati davanti i giudici che li hanno nominati, i secondi, davanti il giudice

possono essere dovnti tra loro. (*V. nel cod. civ. gli art.* 818 † 747 *e* 1872 † 1744 *e nel cod. di proc. l' art.* 976 † 1052)

In secondo luogo che la corte di Rennes, con decisione dei 9 marzo 1810 e 23 agosto 1817, ha formalmente giudicato che le disposizioni di questo titolo non erano applicabili in materia commerciale, e noi troviamo difatti due ragioni per decidere in tal modo. La prima è la impossibilità di applicare le disposizioni del titolo ai tribunali in cui il ministero dei patrocinatori è interdetto: la seconda è il voto del legislatore il quale prescrive che la forma di procedere nelle materie commerciali sia semplice, soggetta alle minori spese possibili.

In terzo luogo finalmente, ai soli tribunali appartiene il diritto di decidere controversie che si promuovono fra il tutore ed il tutor surrogato, relativamente ai conti di tutela. In conseguenza una deliberazione del consiglio di famiglia, la quale giudichi sopra simili discussioni, è nulla e non può essere omologata. (*Decis. della Corte di Torino del* 5 *maggio* 1810, *Sirey t.* 11, *part.* 2, *pag.* 39 *e* 38).

(1) GIURISPRUDENZA.

La sentenza che ordina la liquidazione di un conto, dovendo necessariamente contenere la condanna di pagare il residuo, se alcuno se ne trovi dopo la liquidazione e la discussione, la ipoteca giudiziaria dee risultarne come da qualunque altra sentenza condannatoria. (*Decis. di Cassaz. del* 21 *agosto* 1810, *Sirey t.* 11 *pag.* 29).

del luogo in cui è stata ad essi deferita la tutela, e tutti gli altri, davanti il tribunale del loro domicilio, perciocchè per rispetto ad essi l' azione è puramente personale.

1845. *Se un' individuo soggetto a dare il conto fosse citato davanti il tribunale del suo domicilio, sebbene fosse stato nominato da un tribunale diverso, avrebb' egli forse il diritto di eccepire l' incompetenza?*

Delaporte risolve siffatta quistione per la negativa, tom. 2, pag. 108, attesochè, 1. il contabile non può avere interesse di deviare dal giudice del suo domicilio; 2. che la disposizione della legge sembra essere stata fatta a favore dell' attore, il quale per conseguenza è libero di farne uso, o di rinunziare al beneficio.

Noi non sapremmo ammettere siffatta opinione, perciocchè l' art. 557 è imperativo, e le parole *saranno citati* furono sostituite alle parole *potranno essere citati*, come leggevasi nell'art. 522. Or questo cambiamento fu fatto sulla proposizione della Corte di Rennes, e precisamente ad oggetto di prevenire le discussioni e le dimande di rinvio, le quali avevano avuto luogo sotto l' impero dell' ordinanza, il cui articolo 2. del tit. 29 era concepito nello stesso modo. (*Vedi il Prat. tom.* 4, *p.* 31.) Del rimanente, la nostra opinione risulta formalmente dalle spiegazioni date dall' oratore del Governo e dal relatore del tribunato.

La ragione secondo la quale il legislatore ha fatto nell' art. 527, una eccezione alla regola generale, deriva dal perchè il tribunale il quale ha confidato l' amministrazione è più capace di ogni altro a decidere se l'amministratore ha fedelmente adempito al suo mandato. È d' altronde molto naturale che il contabile renda conto personalmente ai suoi committenti. Ma tranne il caso di eccezione indicato nell'articolo, tutti gli altri contabili debbono essere citati davanti i giudici del loro domicilio. (*Ved. la esposizione dei motivi ubi supra.*)

Tal' è benanche la dottrina professata da Thomines, nei suoi quaderni di dettatura.

1846. *Se il contabile è stato nominato dai giudici di appello, deve rendere il suo conto davanti ad essi?*

Ciò risulta, dice Jourdain, Codice di competenza, tom. 3, pag. 191, numero 114, dal principio stabilito nell'art. 527 †610. Laonde allorchè il contabile è stato nominato in appel-

lo non si ha l' obbligo di osservare i due gradi di giurisdizione.

1847 *Puossi comprendere un' erede beneficiato nel numero di coloro che devono dare il conto nominati dal magistrato ?*

Noi crediamo di no, per la ragione addotta da Thomines nei suoi quaderni, cioè che questi è un vero erede istituito dalla sua sola volontà, ed il quale ha il privilegio di pagare i debiti fino alla concorrenza del valore dei beni che ha raccolti: quindi non può essere soggetto all' arresto personale.

1848. *La dimanda di rendimento di conto è forse soggetta allo sperimento di conciliazione?*

Che si, come ogni altra dimanda principale, tranne se dessa non trovasi nel caso di eccezione enunciato nell' art. 49.

1849. *Quest' azione è ordinaria o sommaria?*

Essa è sommaria, ove è fatta puramente ed in forza di titolo non impugnato, (*art.* 404 † 497); in ogni altro caso, è ordinaria. — (*V. Pigeau, tom.* 2, *pag.* 368.)

1850. *Se il conto da rendersi a molte persone è dimandato da due fra esse o da un numero maggiore, a chi compete l' azione ?*

Noi avvisiamo, con Pigeau *ubi supra*, doversi per induzione dell' art. 967 † 1043 decidere che l' azione può istituirsi da colui il quale ha fatto il primo vidimare l' originale del suo atto di citazione dal cancelliere del tribunale, il quale deve indicare il giorno e l' ora del visto apposto a questo atto.

ART. 528 † 611. *In caso di appellazione da sentenza che avesse rigettata una dimanda di rendimento di conti, la decisione di appello che riformasse la sentenza di prima istanza, deve rimettere le parti, nel rendimento di conti e nel giudizio relativo, al tribunale innanzi di cui la dimanda era stata già proposta, o pure ad altro tribunale di prima istanza che sarà indicato nella decisione.*

Quando il conto è stato renduto e giudicato in prima istanza o se la sentenza viene riformata dalla decisione di appello, la esecuzione di questa decisione appartiene alla corte che l'ha pronunziata o ad un altro tribunale da lei destinato nella stessa decisione.

C. di P. art. 472 e seguenti.

CCCCXXVII. L' art. 528 risolve un' altra quistione di competenza agitata sotto l' impero dell' antica legislazione.

Si è visto coll' art. 472 che annullandosi una sentenza avverso di cui si è prodotto appello, l'esecuzione fra le stesse parti, salvo talune eccezioni, appartiene al giudice di appello il quale ha pronunziato; ma applicando siffatto principio alle sentenze pronunziate su i giudizi di rendimento di conti, il legislatore doveva stabilire una distinzione fra la sentenza la quale avesse giudicato sopra un conto ordinato e renduto, e la sentenza che avesse rigettata la dimanda del rendimento di conto.

Nel primo caso, i motivi che dettarono l'art. 472 dovevano indurre a decidere che l' esecuzione apparteneva alla Corte di appello, ovvero al tribunale indicato da questa Corte colla decisione che annulla la sentenza impugnata.

Nel secondo caso, bisogna riconoscere da principio che non si può supporre nei primi giudici la medesima ripugnanza e la stessa prevenzione, e supponendo in seguito che si elevassero sotto questo rapporto, contro i giudici inferiori, dei giusti sospetti che non permettessero di rinviar ad essi l' esecuzione della sentenza che ordinerebbe il rendimento del conto, non possono per tali motivi essere private le parti del doppio grado di giurisdizione che la legge ha ad esse accordato ; e per conseguenza la Corte di appello non può, in questo caso, ritenere l' esecuzione, ma deve rinviarla ad un altro tribunale di prim' istanza.

1851. *In qual modo debbono essere spiegate queste espressioni della seconda disposizione dell' art.* 528, L' ESECUZIONE DELLA DECISIONE CHE RIVOCA LA SENTENZA APPARTERRÀ ALLA CORTE CHE L' AVRÀ PRONUNZIATA ?

La prima disposizione dell' art. 528 fa una eccezione alla regola generale stabilita nell'art. 472, consistente in ciò che ogni qual volta la Corte di appello annulla una sentenza la quale ha rigettata una dimanda di rendimento di conto, *come nulla, inamissibile o mal fondata* (*ved. Pigeau, t.* 2, *pag.* 368), questa Corte deve rinviare la discussione del conto, sia al tribunale il quale ha pronunziato la sentenza, sia a qualunque altro da essa indicato; in modo che non può ritenerne l'esecuzione.

Ma, da un' altra parte, la seconda disposizione dello stesso articolo conserva la regola generale, che autorizza le Corti a ritenere l'esecuzione, allorchè il conto essendo stato renduto e giudicato in prim'istanza, esse annulla-

no la sentenza; ma potrebbe darsi che la Corte dichiarasse nullo il conto in tal modo renduto e giudicato, e che ordinasse renderne un' altro: allora sorgerebbe la quistione di conoscere se l'esecuzione della sua decisione, che rivoca la sentenza, le appartenesse.

Sopra siffatta quistione, Delaporte, tom. 2, pag 109, crede che la Corte non potrebbe ordinare che il conto fosse renduto dinanzi a lei, ma bisognerebbe rinviare in questo caso, sia agli stessi giudici, sia ad un' altro tribunale. La ragione che ne assegna si è, che questo novello conto forma al par del primo un giudizio principale, il quale deve subire due gradi di giurisdizione; epperò, secondo questo autore, soltanto nel caso in cui fosse riformato il conto, bisognerebbe applicare la seconda disposizione dell' art. 528.

Noi crediamo che la generalità dell' espressioni dell' articolo basta per respingere siffatta distinzione; ma avvi inoltre, in appoggio di questa opinione, una ragione egualmente decisiva, e che deducesi dallo spirito con cui sono state concepite le due disposizioni dell' art. 528.

Di fatti se la prima disposizione dell' articolo è stata stabilita, siccome lo dice il consigliere di stato Real, (*ved. il comento sull' articolo*) onde non privare le parti del doppio grado di giurisdizione, siffatta ragione svanisce nella specie della seconda disposizione, perciocchè trovasi esaurito il primo grado. — (*V. Pigeau, tom. 2, p. 379.*)

ART. 529 † 612. *Le persone alle quali il conto si rende, quando hanno l' istesso interesse, nominano un solo patrocinatore. Se non sono di accordo sul'a scelta, procederà per tutti il più anziano. Può però ciascuno degl' interessati costituirne uno; ma le spese dipendenti da questa costituzione particolare, tanto attivamente, quanto passivamente, sono a carico di colui che le ha fatte.*

Ordin. del 1667. tit. 29, art. 2 — C. di P. 75 e seguenti, 130, 536.

ART. 530 † 613. *La sentenza condannatoria a render conto dee fissare il termine in cui il conto debba rendersi, e delegare un giudice* (1).

Ordin. del 1667, tit. 39., art. 5.

CCCCXXVIII. Se il conto dovesse rendersi a più parti, la procedura sarebbe necessariamente più lunga e più dispendiosa, sia a ragion dei termini delle comunicazioni, sia a causa della moltiplicità degli atti, che ciascuna potrebbe fare o esigere; sia per le diverse contestazioni che ne potrebbero risultare. Il legislatore, conservando tutte le saggie disposizioni dell' ordinanza, le quali tendono a semplicizzare le operazioni del conto, ed a diminuire le spese, aggiunge alle precauzioni prese dai compilatori di quest' antica legge talune disposizioni novelle; l' art. 529 vuole che quando le persone a cui devesi rendere il conto hanno lo stesso interesse, accordansi sulla scelta di un sol patrocinatore per tutti; di modo che abbia luogo una sola comunicazione ed una sola copia del conto, anche quando esse non avessero voluto accordarsi sulla scelta del patrocinatore, e che ciascuna avesse costituito il suo. In questo caso in fatti, la notificazione e la comunicazione si fanno al più anziano patrocinatore. Egli è per questo benanche che l' art. 530 esige che si fissi il termine nel quale il conto sarà renduto.

1852. *In qual caso puossi dire che le persone alle quali devesi rendere il conto hanno lo stesso interesse?*

Si è quando l' introito e l' esito sono comuni nell' interesse di coloro ai quali devesi rendere il conto, e niuno di essi abbia da controporre per conto proprio nè esito nè introito.

1853. *Da qual giorno decorre il termine fissato per lo rendimento del conto?*

(1) GIURISPRUDENZA.

1. In materia di rendimento di conto soltanto i giudici del tribunale possono esser nominati commissari. L' art. 530 del codice di procedura non permette di delegare un semplice particolare. (*Decis. della corte di Rennes del 16 gennajo 1819, Sirey t. 19, pag. 192.*)

2. Il giudice che condanna a render conto può ad un tempo stabilire la somma fino alla concorrenza della quale colui che deve renderlo vi sarà astretto, se lascia passare il termine accordato senza presentarsi ed affermarlo. (*Decis. della corte di Brusselles, del 24 giugno 1812, Denevers, t. 13, pag. 36.*)

3. Quantunque un tribunale non possa cangiare, nè interpetrare, nè modificare la sua decisione, pure se fosse incorsa nella sentenza la omissione di stabilire il termine del rendimento di un conto e di delegare il giudice commessario per la presentazione, per l'affermazione e per le discussioni, i primi giudici potrebbero riparar questi errori e queste omissioni, senza essersi obbligato di ricorrere all' appello. (*Decis. della corte di Rennes del 29 gennajo 1813.*)

La Corte di Rennes, con decisione del 9 marzo 1810, 3 camera (*ved. il Gior. delle decisioni di questa corte, tom.* 1, *pag.* 39), giudicò, nella specie dell'art. 530, che il termine decorreva dal giorno della notificazione, attesochè è principio generale che quando una sentenza, sia in contraddizione, sia contumaciale, dichiara che una parte farà tal cosa in un dato termine, questo termine non decorre se non dalla notificazione della sentenza.

Noi facemmo l'applicazione dello stesso principio nella nostra quistione 1007; ma Denevers riporta nel Giornale delle udienze, per l'anno 1812, pag. 371, un'arresto della corte di cassazione, camera civile, 1 aprile 1811, il quale sembra decidere, in punto di dritto, che gli articoli 122 e 123 + 216 e 217 del codice di procedura applicansi generalmente a tutt'i casi in cui i tribunali *possono accordare* dei termini per l'esecuzione delle loro sentenze.

Potrebbesi da tutto ciò conchiudere che, nel caso in cui una sentenza pronunziata in contraddizione accordi un termine, per eseguire quanto in essa è prescritto, siffatto termine, secondo l'art 122, comincia a decorrere dal giorno stesso in cui questa sentenza è stata pronunziata. Laonde la soluzione da noi data nella quistione 1007 sarebbe erronea, e potrebbesi riputare lo stesso rispetto alla decisione della corte di Rennes sulla presente quistione.

Ma noi non crediamo doversi dalla citata decisione dedurre simili conseguenze. Che se essa ritiene che gli art. 122 e 123 non applicansi soltanto, come erasi creduto fino allora, e come lo diceva il tribuno Faure, al caso in cui i giudici accordano dilazioni per lo pagamento (*ved. ediz. di Didot, pag.* 69), ma benanche a tutti gli altri nei quali sono *autorizzati* ad accordare dilazioni per l'esecuzione delle loro sentenze, la detta decisione non giunge fino a dichiarare che l'art. 123 debba ricevere la sua applicazione ne' casi in cui la legge *prescrive* di fissare i termini. Or l'art. 530 non limitasi ad autorizzare i giudici a fissare un termine, ma ne fa ad essi un'obbligazione.

Adunque alla disposizione dell'art. 147, la quale vuole che se vi è patrocinatore in causa, la sentenza non fosse eseguibile se non dopo *essere stata notificata al patrocinatore*, l'art. 123 non fa che una eccezione pei casi soli in cui i giudici sono *autorizzati* ad accordare dilazioni; epperò in tutt'i casi in cui ne fissano la durata in forza di una disposizione imperativa di legge, ci troviamo soggetti all'applicazione di questa disposizione dell'art. 147, e della regola generale di cui abbiam parlato.

Per conseguenza, noi persistiamo nella soluzione data alla succennata quistione 1007, e crediamo poter fondatamente adottare la decisione di Rennes, colla quale vien dichiarato che il termine fissato dalla sentenza pel rendimento del conto decorre dal giorno della notificazione (1).

1854. *L'art. 530 è applicabile forse ad un conto renduto volontariamente*, val dire *senza che fosse stato ordinato da una sentenza?* Ovvero, con maggior precisione, *colui che è obbligato a render conto, può limitarsi a chiamare all'udienza l'attore, notificandogli le conclusioni tendenti a far riconoscere lui stesso debitore, e farlo condannare a pagare il residuo, tal che la istanza verrebbe decisa dietro semplice aringa e dopo la comunicazione dei documenti, senza la preliminare nomina del commessario, e senza giuramento giudiziario?*

Noi crediamo che siffatta quistione debb'essere risoluta negativamente, e che sarebbe un'errore il conchiudere dalla disposizione dell'art. 530, che non debb'aver luogo la procedura prescritta dal tit. 4, lib. 5, parte 1 del codice, se non quando è ordinato da sentenza che una parte renda il conto. Quest'articolo riguarda soltanto il caso in cui il convenuto ricusa di rendere il conto che gli viene richiesto, ed allora colla stessa sentenza di condanna, il tribunale deve fissare un termine e destinare un giudice.

Questo articolo non è dunque scritto se non per un caso particolare, il qual caso non ve-

(1) Da questa soluzione, secondo la quale ogni termine stabilito ad una sentenza per la sua esecuzione non decorrerebbe che dalla sua notificazione, noi n'eccettueremo le sentenze dei tribunali di commercio; attesochè non essendo ammesso in tali tribunali il ministero dei patrocinatori, non si può pretendere la osservanza delle formalità ordinarie sulla maniera di procedere. In conseguenza non si potrebbe attaccar di precipitanza un tribunale il quale, in questo caso, dichiarasse che il termine fusse decorso dal giorno della pronunciazione della sentenza; come appunto giudicò la corte di Rennes colla citata decisione del 9 marzo 1810, e con altra del 3 maggio dello stesso anno.

8

rificandosi, il detto articolo non debb' essere di alcuna considerazione; ed in questa circostanza particolare spetta alla persona che rende volontariamente il conto, di citare quella a cui deve renderlo, per sentir fissare il termine nel quale il conto sarà presentato, e far destinare un giudice commessario. Tal' è benanche il sentimento di Lepage nel *Nuovo* stile della procedura, 4 ediz. pag. 407. Una volta fissato questo termine, e nominato il giudice commessario, è necessario uniformarsi alle disposizioni del codice di procedura, a norma del parere di tutti gli autori che han immaginato la ipotesi di un conto renduto volontariamente, val dire senza che siavi bisogno della sentenza di cui parla l' art. 530. Ed in fatti il legislatore ha inteso stabilire pei rendimenti di conti una procedura speciale applicabile ai due casi di un rendimento, sia volontario, sia forzoso. In conseguenza crediamo, che qualora si tenesse un' altro metodo, la persona a cui devesi rendere il conto potrà, in ogni stato di causa, attaccare la procedura di nullità; per la ragione che non è affatto permesso ai giudici di sostituire le formalità ordinarie alle formalità prescritte per talune materie speciali — (*Ved. la nostra introduzione.*)

1855. *La persona a cui devesi rendere il conto non avendo provocato la nomina del giudice commessario, nè conchiuso col suo atto di citazione, ha forse perduto il dritto d' invocare l' adempimento delle formalità particolari del codice, in modo che chi deve rendere il conto possa esigere che sia pronunziato secondo la forma ordinario prescritta per ogni altro caso?*

Noi non crediamo che chi deve rendere il conto avesse siffatta facoltà. Essendo le leggi della procedura di dritto pubblico, come abbiam detto nella nostra introduzione generale, una parte ha sempre la facoltà di reclamare che l' istruzione facciasi secondo le regole e le formalità richieste per ciascuna materia, salvo a pagar le spese degli atti fatte, o che, pel suo modo di procedere, la sua parte avversa fosse stata obbligata di erogare in contravvenzione delle regole stabilite.

ART. 531 † 614. *Se il proemio del conto, compresa la menzione dell' atto o del giudicato che ha destinato la persona obbligata al rendiconto, e di quel giudicato che l' ha ordinato, eccede sei fogli, l' eccesso non entra in tasso.*

T. 75, Ordin. del 1667, tit. 29, art. 5.

1856. *La sentenza la quale ordina il conto debb' essere forse trascritta per intero nel proemio del pari che la sentenza o gli atti coi quali fosse stato nominato la persona che dee rendere il conto?*

Che no, senza dubbio, perciocchè l' articolo richiede soltanto che se ne faccia menzione. Siffatta disposizione è dovuta alle osservazioni delle corti di Rennes e di Grenoble, ed è contraria a quella dell' art. 6 del tit. 29 dell' ordinanza, in quanto che quest' ultima esigeva un' estratto della sentenza contenente la condanna a rendere il conto, evitando le inutili spese alle quali questo medesimo articolo poteva dar luogo, sul motivo che autorizzava le trascrizioni degli atti dai quali rilevavasi la commissione di chi dovea rendere il conto.

1857. *Di quali elementi componesi il proemio del conto?*

Di un' esposizione generale e succinta dei fatti che hanno dato luogo alla gestione della persona soggetta a dare il conto.

ART. 532 † 615. *Quello che rende il conto non può imputare nelle spese comuni che quelle di viaggi, se occorrono, di onoranze del patrocinatore che ha posti in ordine i documenti del conto, delle prime ed altre copie, e quelle di rappresentazione e del giuramento di verità del conto.*

T. 92 — Ordin. del 1667, tit. 18, parte 2.

1857. *Le spese indicate nell' art. 532 sono forse a carico comune?*

Il codice qualificando queste spese per *spese comuni*, le persone poco versate nella pratica giudiziaria potrebbero credere che debbono essere a carico di entrambe le parti. Ma è principio costante, che ogni conto rendesi a spese di colui al quale è dovuto. Perciò questa denominazione, *spese comuni*, non è stata data alle spese enunciate nell' art. 532, che per la ragione di essere state fatte per le due parti relativamente al conto, val dire, come esprimesi Rodier sotto l' art. 28 dell' ordinan-

za, quistione 1, *tanto per soddisfare chi riceve il conto, quanto in discarico di colui che deve rederlo* — (*Ved. il com. degli annali del not. tom* 3, *pag.* 397 (*).

1859. *La persona che deve rendere il conto ha forse il dritto di chiedere le spese erogate per la formazione o rendimento di conto, indipendentemente dalle somme stabilite dagli art.* 62 *e* 75 *della tariffa per chi mette in ordine i documenti, non che per gli originali e le copie di essi?*

Bisogna osservare che l'art. 526 del progetto era concepito nei medesimi termini dell'art. 532. Intanto le corti di Rennes, di Grenoble e di Rouen avevano dimandato che la formazione del conto fusse eseguita a spese comuni; poichè, diceva quest' ultima, sonovi diverse persone le quali possono somministrare gli elementi esattissimi di un conto, ed essere costretti ad impiegare una terza persona più capace per la sua redazione.

Or dal non essersi fatto alcun cambiamento all' art. del progetto, gli autori del Pratico, tom. 4, pag. 39 conchiudono che non si possono comprendere le spese di redazione del conto fra le spese comuni. Berriat Saint-Prix, pag. 500, not. 8, censura siffatta opinione; ma noi crediamo doversi adottare, poichè non avendo la tariffa accordato alcun dritto particolare per la formazione del conto, siffatto dritto trovasi compreso in quello fissato per la copia di prima edizione nell' art. 75.

1860. *Vale forse lo stesso per le spese della sentenza la quale ha ordinato il conto?*

È questa la nostra opinione, poichè il Codice non riproduce affatto nell'art.532 le disposizioni dell' ordinanza che mettevano queste spese a carico di colui che doveva ricevere il conto; il che sembra fondato sulla ragione che chi deve dare il conto presumesi esser sempre debitore, fino a che non abbia presentato il suo conto, imputandosi d' altronde a sua colpa se si da luogo ad una citazione di rendimento di conto. Ma è chiaro che bisogna diversamente opinare, qualora, al contrario, chi deve dare il conto agisce per essere autorizzato a darlo, e si rende parte attiva domandandone l'autorizzazione. Tal è benanche il sentimento degli autori degli Annali del notariato. (*V. supra, n.* 1858) (**).

ART. 533 ✝ 616. *Il conto deve contenere quello che si è riscosso e che si è speso effettivamente, e terminarsi con una ricapitolazione del bilancio del riscosso e dello speso, e coll'aggiunta di una speciale indicazione dell esigenze attive presso i terzi, se ve ne sono.*

Ordin. del 1667, tit. 29, art. 7 parte 1.

1861. *In qual forma deve compilarsi il conto?*

In forma originale, in cui bisogna distinguere l'introito e l'esito di diverse annate o di nature diverse (*vedi Bornier e Rodier, sull' art.* 7, *del tit.* 29 *dell' ordin. quist.* 1); ma fa mestieri osservare che l' art. 75 della tariffa esige che facciasi in un solo originale. — (*Vedi per la forma del conto, il modello dato da Pigeau, tom,* 2, *pag.* 370.)

1862. *Il conto debbe forse esser accompagnato da un inventario dei documenti?*

La legge non l'esige, limitandosi a prescivere che i documenti sieno segnati e cifrati. (*Vedi l'art.* 526, *e Delaporte tom.* 2, *pag.* 115.) Ma Demiau Crouzilhac, pag. 369 ragionevolmente consiglia ai patrocinatori di numerare e cifrare i documenti, e di farne un' inventario anche prima di cominciare la formazione del conto. Siffatta maniera di agire facilita in verità questa redazione, e serve inoltre alla comunicazione la quale può aver luogo secondo l' art 536; ma noi lo ripetiamo, la legge non impone ai patrocinatori alcun obbligo di unire un' inventario al conto.

1863. *La persona che deve ricevere il conto può ricusarsi di discuterlo nel modo in cui è stato dato e produrre un novello conto per servir di base alla discussione?*

È principio costante che la forma o la tessitura di un conto appartiene a colui che lo da; ch'essendo opera sua, ha la facoltà di comporlo a suo piacimento, purchè lo stabilisca sulle

(*) Sarebbesi dileguato qualunque dubbio ove nel nostro art. 615 corrispondente all'articolo francese 532, si fosse aggiunta la spiegazione data da Rodier all' art. 28 dell' Ordinanza. Quindi senza di essa non sarebbe irregolare che per *spese comuni* si dovessero intendere quelle fatte a carico di ambe due le parti.

(**) Noi crediamo però che dovendo stare alle prescrizioni della legge, tutte le altre spese non indicate nell' articolo in esame debbano rientrare nella regola generale segnata dall' art. 222 uguale all' articolo francese 130, val dire, che debbono pagarsi da colui che succumbe nel giudizio.

basi costitutive di un conto, che la persona che deve riceverlo non può, per la discussione di esso, presentarne un' altro novello, essendo obbligato di limitarsi a seguire l'ordine ed il metodo adottato da chi lo da. Siffatti principi certi hanno per oggetto di evitare la confusione nella quale contrarie regole trascinerebbero le parti, e di condurre prontamente ad un chiaro risultamento. I dritti di chi deve ricevere il conto non possono rimanere offesi, poichè conserva per mezzo della discussione tutt'i modi necessarî per rettificare gli errori di cui può avere a dolersi, per aggiungere, togliere; in una parola, aumentare l' introito per quanto crede regolare farlo, e cancellare dall' esito tutto ciò che pretende essere superfluo: l'essenziale si è ch'egli segua sempre l'ordine stabilito nei conti. Ma, giova ripeterlo, non può formare un novello conto; ciò fu ritenuto dalla Corte di Rennes, con una decisione del 16 luglio 1817 (*).

Art. 534 † 617. Chi rende il conto presenta e giura la verità del medesimo in persona, o per mezzo di procuratore speciale, nel termine e nel giorno fissato dal giudice delegato, ed in presenza di quelli a cui si dee rendere, e questi citati alla persona o al domicilio se non hanno patrocinatore: se ne hanno, citato con atto di patrocinatore.

Spirato il termine l' obbligato al rendiconto vi è costretto col pegnoramento e colla vendita de'suoi beni propri sino alla concorrenza di una somma ad arbitrio del tribunale, ed anche coll' arresto personale se il tribunale il giudichi conveniente (**).

T. 29, 70, 92. — Ordin. del 1667, tit. 29, art. 8. — C. di P. art. 126, 551, 572.

CCCCXXIX. L' ordinanza del 1667 conteneva benanche la disposizione coercitiva racchiusa nell'art. 534, ma non autorizzava il tribunale a fissare una somma per servir di base all' esposizione. Ma l' art. 2113 † 2119 del Codice civile rendeva siffatt' autorizzazione necessaria, perciocchè esige la esistenza di un debito certo e liquido per procedere alla vendita forzata degli immobili. D'altronde trovasi in questa disposizione un doppio vantaggio, 1. di costringere colui ch'è obbligato a dar il conto; 2. di impedire intanto che tutt' i suoi beni sieno venduti, per la sola circostanza di essere in mora per rendere il conto; nel mentre è possibile che in definitivo, dimostri non dovere alcuna cosa o anche di essere creditore.

Un termine di 15 giorni era fissata dall' ordinanza del 1667 per la comunicazione dei documenti, e siffatto termine applicavasi a tutt' i casi; poteva essere troppo lungo per taluni di essi, troppo breve per taluni altri. Il nostro articolo, senza fissare un termine, ha dunque lasciato alla saggezza del giudice la libertà di stabilirlo a norma delle circostanze, avuto riguardo all' importanza ed al numero dei documenti da comunicarsi.

1864. *Da chi, ed in qual forma e termine deve dimandarsi l' ordinanza dal giudice commessario?*

Siffatt' ordinanza non si dimanda sul processo verbale del giudice, ma con istanza non registrata, presentata da chi rende il conto nel termine fissato dalla sentenza la quale ordina di dare il conto. — (*Vedi l'art. 530, e la tariffa. art, 70.*)

1865. *Se colui che deve dare il conto lascia decorrere il termine fissato dalla sentenza senza presentarlo, come dovrà regolarsi chi deve ricevere il conto?*

In tal caso è interesse della persona che deve ricevere il conto di ottenere essa stessa l' ordinanza, e notificarla a colui che deve renderlo nella forma indicata dall' art. 534. (*Vedi Pigeau, tom. 2, pag. 373, e Demiau Crouzilhac, pag. 369.*)

1866. *Il tribunale potrebbe prorogare il termine stabilito per dare il conto?*

(*) Noi non possiamo facilmente accogliere la opinione del nostro A., abbenchè confortata da una decisione della corte di Rennes; imperocchè se egli stesso sostiene che tutte le prescrizioni di legge, in fatto di rendimento di conti, tendono ad eliminare qualunque confusione, e condurre più agevolmente ad un risultamento chiaro e preciso, è certo che se si presentasse un conto senza alcuna forma o regola, e confuso in modo da non potersi facilmente discutere, colui che riceve un tal conto potrebbe regolarizzarlo; e quindi il giudice delegato ed il tribunale dovrebbero nella discussione tenerlo presente.

(**) Il nostro art. 617 differisce dall'articolo francese 534 in questa parte soltanto, la quale non è di lieve importanza. Nel secondo, cioè nell'art. 534. sta detto che chi *rende il conto* lo presenta e ne attesta la verità, nel nostro si dice dovrà *presentarlo e* GIURARNE *la verità*.

L' art. 8 del tit. 29 dell' ordinanza lo proibiva ; ma , nella pratica , non estendevasi affatto questo divieto alle circostanze imponenti, come nel caso di malattia sopraggiunta, di assenza forzata a causa di servizio pubblico, e di altri, nei quali chi rendeva il conto provava di essere nell'impossibilità di presentarlo nel termine : per lo meno , in questi casi ammettevasi senza difficoltà , che i giudici potessero differire per un dato tempo di ordinare i mezzi coattivi di cui parla la seconda disposizione dell' art. 534. — (*Vedi Rodier sull' art.* 8 , *quist*. 3.)

Il Codice non contenendo affatto il divieto dell' ordinanza , crediamo che il tribunale avesse il dritto di accordare una proroga (*ved. prat.*, *tom.* 4, *pag.* 45, *e Delaporte* , *tom.* 2 , *pag.* 119), ma per quelle circostanze soltanto di cui abbiam fatto parola.

1867. *L' affermazione del conto deve forse esser fatta con giuramento ?*

L' art. 8 dell' ordinanza dichiarava, al par del nostro art. 534, che la persona che doveva dare il conto lo *presentasse ed affermasse*, Rodier , e Serpillon dicono formalmente che quest' affermazione doveva essere fatta con giuramento; formalità necessaria , secondo il citato articolo, diceva Duparc-Poullain , tom. 10, pag. 752, poichè l'affermazione è sempre un giuramento falso o temerario. È questo , aggiungeva il saggio giureconsulto , un antico avvanzo della consuetudine gotica , sì giustamente abolita, con cui, nel corso delle procedure, le parti erano obbligate di dare diversi giuramenti. In tal modo avvilivasi il carattere inviolabile del giuramento , ed i litiganti si familiarizzavano collo spergiuro.

In questo senso medesimo esprimevasi benanche la Corte di Dijon , sull' art. 528 del progetto, al quale nulladimeno non si è fatto alcun cambiamento.

Noi siamo convinti che l' affermazione del conto non debb'esser fatto con giuramento; ed alle ragioni generali che abbiamo assegnate per un altro caso (*ved. quistione* 566) , aggiungeremo come una ragione decisiva in questo, che l'art. 121 vuole che il giuramento sia dato all' udienza *personalmente* dalla parte, e per consegnenza senza la facoltà di darlo per via di procura. (*Ved. quist.* 512). Or se l' affermazione di cui trattiamo fosse fatta sotto giuramento, questo non sarebbe dato all'udienza; potrebbe essere prestato da un procuratore , e sarebbevi in tal modo nella legge una differenza , che niun particolare motivo potrebbe ragionevolmente ammettere. L' affermazione non deve dunque consistere se non in una semplice dichiarazione fatta da chi deve dare il conto o dal suo procuratore speciale, sulla realtà e sincerità delle partite del conto (*).

1868. *La somma che fissa il tribunale, uniformemente alla seconda disposizione dell' art.* 534, *è forse provvisionale ?*

Che sì, senza dubbio , poichè la legge non dà a questa somma nè la qualità di multa, nè quella di danni ed interessi,e per conseguenza devesi definitivamente imputarla al debito della persona che rende il conto. (*Ved. Delaporte* , *tom.* 2, *pag.* 119.)

1869. *Le parole* , SE IL TRIBUNALE LO CREDA REGOLARE , *l' autorizzano a sanzionare l' arresto personale , qualunque sia l' oggetto del conto ?*

In altri termini, *l'arresto personale deve pronunziarsi sol quando il rifiuto è fatto in occasione di un conto che per sua natura è soggetto a questo mezzo d' esecuzione ?*

Lepage, nelle sue Quistioni, pag. 365 avvisa che il tribunale non può pronunziare l' arresto personale che nei casi in cui chi rende il conto vi è sottoposto, a causa dell' oggetto del conto. Perchè, egli dice fra le altre cose , colui il quale ricusa di dare il conto sarebbe obbligato più rigorosamente di quello che lo fosse ove dopo averlo renduto, non pagasse il residuo del suo debito ec. ? Noi rispondiamo che il giudice è autorizzato , dall' art. 534 a pronunziare l' arresto personale contro chi deve dare il conto il quale ricusa di darlo come una pena indipendente dalla natura e dall' oggetto del conto; e per siffatta ragione il legislatore non ha conservato nel Codice queste parole dell' art. 8 dell'ordinanza , *decorso il termine, coloro che debbono dare il conto* saranno astretti . . . . anche con arresto , OVE LA MATERIA LO RICHIEDA.

Siffatte parole furono diversamente interpetrate dai Commentatori. Gli uni , Jousse per

(*) Atteso la nota precedente colla quale abbiam fatto conoscere la importante modificazione fatta dal nostro articolo a quella francese , questa quistione non può presso di noi aver luogo.

esempio, pretendevano dinotare che l'arresto personale non poteva pronunziarsi se non quando si avea dritto ad esercitarsi contro colui che dovea rendere il conto a ragione del suo sesso e della sua qualità, gli altri, come Rodier, Bornier e Serpillon, ammettevano tale interpretazione, ma opinavano che le parole dell'ordinanza fossero relative soltanto al caso di dissubbidienza talmente manifesta da far presumere che chi dovea rendere il conto avesse resistito a tutte le altre vie coattive, o avesse preso la fuga per sottrarsi all'obbligazione di dare il conto.

Ad oggetto di far cessare siffatta divergenza di opinioni il Codice ha sostituito alle espressioni oscure dell'ordinanza quelle di sopra enunciate, *se il giudice lo creda regolare*. Fanno esse conoscere che il legislatore non ha affatto inteso limitare la facoltà concessa al tribunale di pronunziare l'arresto al solo caso in cui questo mezzo di esecuzione fosse pronunziato dalla legge, a ragione dell'oggetto del conto, ma ha inteso di estenderlo a tutti gli altri.

Perciò nessun' altro commentatore ha emesso una opinione simile a quella di Lepage; ma tutti, al contrario, sembrano dividere la nostra. Noi citeremo con particolarità gli autori del Pratico, tom. 4, pag. 44, i quali si sono spiegati a tal riguardo in un modo positivo. Se, dicono essi, la misura del sequestro sembra troppo debole; se la morosità o il ritardo di chi deve dare il conto divenisse pregiudizievole alla persona che deve riceverlo; se la dissobbidienza è manifesta; se finalmente vi fosse timore che egli evadesse, la legge accorda al giudice il dritto di pronunziare l'arresto personale contro il ricalcitrante.

Noi ci atteniamo a siffatta opinione, basata su quella dei commentatori dell'ordinanza, e stabilita sul motivo che l'arresto personale è qui una vera pena inflitta contro colui che resiste a dare il conto, indipendentemente dall'oggetto del conto che deve rendere.

1870. *Le pene enunciate nell' art. 534 debbono forse essere pronunciate dalla sentenza che ordina di darsi il conto? O al contrario bisogna ottenere una seconda sentenza?*

Secondo Demiau Crouzilhac, pag. 269, e Hautefeuille, pag. 341, allorchè la persona che deve dare il conto non si è presentata, devesi stendere il processo verbale col quale il giudice commessario ha contro di lui pronunziata la contumacia, e notificarlo al suo patrocinatore, o personalmente o al domicilio, qualora egli non abbia costituito patrocinatore, citandolo a comparire all' udienza, per sentir pronunziare le pene di cui è parola nel detto art. 534. Ma, secondo Pigeau, tom. 2, pag. 369 e 373, il tribunale potrebbe pronunziare *eventualmente* le pene nella stessa sentenza la quale ordina il conto, e la persona che deve riceverlo eserciterebbe validamente il sequestro o l'arresto in virtù di siffatta sentenza, allorchè l'avvenimento che vi da luogo si fosse avverato e comprovato.

Si comprenderà fuori dubbio, che quando la stessa sentenza che ordina il conto, esprime la condanna di renderlo nel termine stabilito sotto pena di esservi costretto per le vie indicate, e senza che vi fosse bisogno di novella sentenza, abbreviansi le procedure e si risparmiano le spese (1).

ART. 535 + 618. *Presentato e giurato il conto, se si trova che il riscosso ecceda la spesa, quello che riceve il conto può richiedere dal giudice delegato un mandato esecutivo del reliquato, senza che per questo s' intenda dato alcuna approvazione al conto.*

T. 92. — Ordin. del 1667, tit. 20, art. 7.

1871. *Si può forse dimandare un mandato esecutivo per l'eccedente del conto soltanto all'epoca della sua presentazione?*

L' art. 92 della tariffa suppone che si può dimandarlo non solo al momento della presentazione, ma posteriormente ancora, perciocchè dopo aver accordato una vacazione al patroci-

(1) Tal è pure il sentimento di Lepage nelle sue Quistioni, pag. 364 e 365. Ma questo autore ragionevolmente osserva esservi taluni casi in cui la decenza e la morale pubblica impediscono che si pronunzino anticipatamente le pene di cui si tratta. Per esempio, egli dice, allorchè un figlio dimanda il conto a suo padre, non si può abbastanza ritardare il momento di fargli minacce di simil fatta. (*V. Serpillon sugli art. 8 e 20 del tit. 29 dell' ordinanza*).

Epperò noi crediamo più conforme all' andamento naturale della procedura di pronunziare le pene con una seconda sentenza. Perchè mal presumere che chi deve dare il conto si ricuserà di adempiere al suo dovere? Del resto, ove si prendesse il primo partito, non crediamo che chi è soggetto a render conto abbia dritto a querelarsene, e dimandare per questa ragione la riforma della sentenza.

natore per siffatta presentazione, gliene accorda un'altra per richiedere tale mandato esecutivo.

1872. *Il mandato esecutivo rilasciato dal giudice commessario conferisce forse ipoteca?*

Che sì, perciocchè ha il carattere di sentenza o *di atto giudiziario*, ai quali la seconda disposizione dell'art. 2117 + 2003 del Codice civile attribuisce l'effetto di conferire l'ipoteca giudiziaria. — (*Ved. supra*, sull' *art.* 527).

1873 *Si può produrre opposizione al mandato esecutivo?*

L'affermativa di siffatta quistione risulta dalla ragione che questo mandato esecutivo è rilasciato contro una parte contumace. Tal è benanche l'opinione di taluni commentatori dell' ordinanza, dell'art. 7 del tit. 29, il quale conteneva una disposizione simile a quella dell'art. 535.—(*Ved. Bornier su quest'articolo.*)

Ma noi osserveremo che l'opposizione sarebbe spesse volte inutile; poichè, per l'ordinario, quali eccezioni potrebbe produrre, per far ritrattare il mandato esecutivo, una persona che deve rendere il conto, riconosciuta debitrice? Laonde, dice Rodier, chi è soggetto a dare il conto non potrebbe aver alcun pretesto a ritenere la somma residuale, nè per *produrre opposizione* a siffatto mandato esecutivo, *tranne se non si accorgesse di qualch' errore facile a verificarsi.*

Ecco senza dubbio il solo caso nel quale possa esservi luogo ad opposizione. È vero che Demiau Crouzilhac, pag. 370, dice di tollerarsi che i tutori ed i regissori servansi essi stessi, ed in circostanze critiche, delle rendite dei loro amministrati, e che per tal ragione forse potrebbesi far dritto, a loro riguardo, ad un'opposizione che avesse per oggetto la sospensione. Ma noi non crediamo esser questo un motivo sufficiente per accordare siffatta sospensione, allorchè la parte interessata vi si opponesse in un modo formale (*).

1874. *Il mandato esecutivo è forse sucettibile d' appello?*

La negativa è stata ritenuta da una decisione della Corte di Torino, del 1 giugno 1812 (*vedi giurisprudenza del Codice civile tom.* 19, *pag.* 287), attesochè per tesi generale compete l' appello soltanto contro le sentenze del tribunale: che la legge ha specialmente preveduto i casi nei quali è permesso l'appello da una sentenza o da un'ordinanza pronunziata da un sol giudice; e che finalmente non trovasi in veruna parte del Codice di procedura, che un'ordinanza di questa fatta, pronunziata da un giudice delegato dal tribunale, fosse nel numero di quelle da cui è permesso appellare in Gran Corte.

Riportando questa decisione nel Giornale dei patrocinatori, tom. 7, pag. 105, Coffinières osserva che l' appello non è ammissibile, perciocchè il giudice commessario non fa altra cosa se non dare alla persona che deve ricevere il conto un titolo per reclamare ciò che colui ch' è soggetto a darlo riconosce doverle; ed in conseguenza la sua ordinanza non può avere alcun carattere di una sentenza, perciocchè a tal riguardo non avvi nulla di litigioso fra le parti.

Tal' è, secondo noi, la vera ragione per risolvere la presente quistione, e non quella che presenta la decisione; poichè noi non crediamo esser necessario, per appellarsi da un' ordinanza del giudice commessario, che la legge abbia positivamente permesso l' appello (1).

ART. 536 + 619 e 620. *Dopo la presentazione del conto e del giuramento prestato sulla di lui verità, si notifica il conto al procuratore della persona a cui si rende, ed i documenti giustificativi gli sono comunicati contro ricevuta, dopo di essere stati numerati e segnati dal patrocinatore del reddente. I detti documenti devono restituirsi entro il termine che sarà fissato dal giudice commessario, sotto le pene portate dall' art.* 107 + 202.

Se quelli a cui si rende il conto hanno costituiti differenti patrocinatori, la copia e la comunicazione anzidetta si danno al solo patrocinatore più anziano, quando tutti abbiano lo

(*) Non perchè, in generale, secondo dice il nostro A., la opposizione sarebbe per lo più inutile, deve inibirsi alla parte d'impugnare *l'esecutorio*, dappoichè non avendo la legge vietata una tale facoltà, a noi sembra non potersi privare colui che dà il conto del vantaggio del rimedio legale.

(1) In conseguenza, nella supposizione che colui che dee rendere il conto avesse dei giusti motivi per impedire la spedizione del mandato esecutivo, per esempio se dovesse fare un compensamento fra l' eccedente di cui è debitore, ed un credito che vanta contro chi riceve il conto, dichiarando in questa circostanza di avere intenzione di ritenere l' eccedente per questa causa, noi saremmo indotti a credere che egli potrebbe interporre appello, poichè il giudice commessario avrebbe deciso sopra un punto litigioso. (*V. la quist.* 827.)

stesso interesse , e ad ogni patrocinatore , se gli interessi sono differenti.

Qualora in questo giudizio intervengono dei creditori , non si fa ad essi che una sola comunicazione , tanto del conto che de' documenti giustificativi per mezzo del più anziano de' patrocinatori da essi costituiti (*).

T. 92. Ordin. del 1667, tit. 29, art. 9, 10, 11, e 12.—C. di P., art. 107, 339, 529.

CCCCXXX. L'ordinanza fissava, per tutti i casi, a quindici giorni il termine nel quale doveano restituirsi i documenti comunicati alla persona che riceveva il conto,a norma del presente articolo. Il legislatore spinto da quelli medesimi motivi esposti nel comentario dell'art.534, lascia il giudice commessario arbitro del termine , e l'autorizza a fissarlo secondo il numero , il volume e l' importanza dei documenti (1).

1875. *Se chi deve ricevere il conto non ha costituito patrocinatore , ha forse il dritto che gli sia notificato?*

Molte volte abbiamo avuto occasione di ricordare che nella mancanza di costituzione di patrocinatore le intimazioni debbon farsi personalmente al domicilio; ed anche qui è il caso di applicare siffatta regola generale. Ma in questa circostanza non crediamo che si possa, come diceva Rodier sull' art. 9 dell' ordinanza , comunicare personalmente a chi doveva ricevere il conto i documenti giustificativi di esso ; ma senza muoverli dalla cancelleria , potrebbe colà esaminarli. (*V. Demiau Crouzilhac , pag.* 371 , *e Berriat Saint Prix, p.* 502 , *not.* 15.)

1876. *Se più persone che debbono ricevere il conto o più intervenienti in causa,abbenchè fossero interessati comuni,avessero costituito diversi patrocinatori (vedi art.* 529) *,potrebbe forse ciascun patrocinatore esigere una copia del conto ?*

L' art. 536 vi si oppone, ma in questo senso soltanto che siffatta copia debb' essere somministrata a spese comuni di tutti coloro a i quali deve rendersi il conto. Sebbene noi avvisiamo almeno , come Demiau Crouzilhac , *ubi supra* , che ciascun patrocinatore nel proposto caso , dimandandola per mezzo di un atto; potrebbe esigere una copia , dietro offerta di far cedere le spese a carico suo.

1877. *Appartiene forse al giudice commessario di pronunziar le pene sotto le quali egli ordina che i documenti si restituissero in cancelleria nel termine da lui fissato?*

Il giudice commessario deve limitarsi a fissare il termine, essendo questa la sola attribuzione che la legge gli accorda. Se dunque i documenti non sono restituiti in cancelleria in questo termine , colui ch' è soggetto a dare il conto deve , a nostro avviso , chiedere l' udienza , conformemente all' art. 107. Pigeau t. 2, p. 376 , dice che in questo caso chi dà il conto deve richiedere l'applicazione di queste pene nel processo verbale del giudice,ordinando costui di farne rapporto all' udienza come nel caso dell' art. 107. Non è forse più regolare seguire il procedimento indicato dallo stesso articolo ?

Del rimanente noi non crediamo che una parte avesse il dritto di dolersi che la sentenza fosse stata pronunziata nell' uno , o nell' altro modo.

Art. 537 † T. *Le quietanze fatte da' somministratori , operai , o persone che tengono in propria casa gente a pensione, ed altre di questo genere , prodotte come documenti giustificativi del conto sono dispensate dal registro* (**).

Legge dei 22 frimaio anno 7, art. 23 e 47.

CCCCXXXI. Il Codice in questo articolo decide una controversia di finanze la quale, dopo la legge del 22 frimaio , aveva dato luogo a qualche difficoltà. I ricevitori del registro pretendevano che coloro i quali davano il conto fossero obbligati di far bollare e registrare i documenti giustificativi , fondandosi sugli art. 23 e 47 di questa legge, i quali proibiscono ai giudici ed agli arbitri di giudicare sopra

(*) Il nostro legislatore ha creduto più regolare dividere in due articoli le disposizioni contenute nel solo art.535. Ed in vero ben distinti ne erano gli oggetti.

(1) Sui motivi della seconda e terza disposizione di quest' art. 536 si potrà riscontrare il nostro comentario sull' art. 529.

(**) Comechè quest'articolo parla di registro , per il quale presso di noi furono emanate disposizioni particolari , così nelle nostre leggi di procedura è stato giustamente soppresso. Epperò bisogna ricorrere a tali disposizioni particolari per risolvere le seguenti quistioni dell' A. 1878 e 1879.

atti non registrati, sotto pena di essere personalmente risponsabili della spesa. Che se un simile sistema fosse stato adottato, sarebbe stato spesso inabilitato, per mancanza di mezzi, a poter produrre i documenti giustificativi dell' esito e dell' introito, ovvero se il medesimo avesse fatte queste anticipazioni, tali spese sarebbero divenute gravosissime per la persona che doveva ricevere il conto, la quale spesso trovasi nella posizione di non dimandare, a colui che deve renderlo, il conto della sua gestione. In tal caso quest'ultimo avrebbe potuto impunemente profittare di questa posizione di chi doveva ricevere il conto, senz' aver nulla a temere dalla vigilanza della giustizia.

Tali sono le considerazioni per le quali il legislatore, contro l'interesse del fisco, favorevolmente a quello dei cittadini, ha proclamato la dispensa contenuta nell' art. 537.

1878. *I documenti dispensati dalla formalità del registro, lo sono forse eziandio da quello del bollo?*

Noi nol crediamo, per la ragione che la legge non pronunzia alcuna dispesa per questa ultima formalità; e tal è benanche l' opinione di Delaporte, tom. 2, pag. 123. Ben potrebbe i, dalla dispensa del bollo, dedurre quella del registro, ma non *viceversa*, essendo le spese del registro più considerevoli di quelle del bollo. D' altronde non devesi ammettere eccezione alle disposizioni delle leggi relative all'interesse del fisco, se non quando siffatta eccezione fosse dalla legge stessa pronunziata.

1879. *I conti renduti all' amichevole davanti notaio, vanno esenti dal registro, al par dei conti giudiziali?*

Che sì, a norma di una decisione dei ministri di giustizia e finanze, del 22 settembre 1807.—(*Vedi Sirey* 1807, parte 2. pag. 295.)

ART. 538†621. *Al giorno ed ora indicati dal giudice delegato, le parti debbono presentarsi innanzi al medesimo pel contraddittorio del quale si fa processo verbale. Se le parti non compariscono, l' affare si porta in udienza con un semplice atto.*

T. 92 — Ordin. del 1667, tit. 29, art. 13

CCCCXXXII. L'art. 538 è marcabile per la semplicità della procedura e pel celere andamento che stabilisce per la discussione del conto.

Ai moltiplicati termini di otto in otto giorni successivi, che sotto l'impero dell'ordinanza, accordavansi per tutt'i casi, termini troppo lunghi per la maggior parte dei conti ordinari, troppo brevi per taluni altri conti; in vece dei *chiarimenti presi in cancelleria*, e delle lunghe scritture, conosciute sotto la denominazione di osservazioni, il Codice sostituisce una procedura semplice, rapida e tutta paterna. Si è ragionevolmente creduto che il giudice commessario, il quale esige rispetto tanto per la probità, quanto pei suoi lumi, potrebbe da principio essere una specie di conciliatore fra le parti, manoducendole con sagge riflessioni a ravvicinarsi, o almeno a convenire sopra i fatti, in modo che il tribunale possa con un colpo d'occhio scorgere le quistioni sulle quali deve giudicare.

Epperò esso ascolta le parti nel giorno e nell'ora indicata per la comparsa innanzi a lui, e non avvi quindi più bisogno nè di citazione, nè d'intimazione. Le osservazioni e difese che fossero irragionevoli, sono facilmente eliminate nel contraddittorio Allorchè vi ha dubbio o difficoltà, le ragioni in difesa e risposta sono inserite con precisione, senza prolissità, in un processo verbale, del quale il giudice commessario non ha interesse che sia voluminoso.

1880. *L' art. 538 deve ricevere soltanto la sua applicazione allorchè chi deve rendere il conto e chi deve riceverlo non si presentino innanzi al giudice commessario, oppure quando essi non si presentano personalmente?*

Volendo rigorosamente attenersi alle parole dell'articolo *se le parti*, potrebbesi credere sul primo punto di questa quistione, che non siavi luogo a portar la causa all' udienza se non quando tutte le persone in causa non si presentassero; ma sarebbe questo un'errore. La disposizione dell'articolo, come osserva Berriat Saint-Prix, p. 503, nol. 22, devesi estendere benanche al caso in cui una sola delle parti non si presenti, poichè non esige la mancanza di entrambe le parti per far ricominciare la procedura.

Potrebbesi credere benanche, per la stessa ragione, che la legge servendosi di queste parole, *se le parti*, voglia intendere che debbono *personalmente* presentarsi davanti al giudice commessario; ma sarebbe questo del pari un errore, perciocchè è certo che in termini di pratica, le parole *le parti* indicano i patrocinatori che le rappresentano, a meno che la leg-

ge non abbia espressamente richiesto la comparsa personale. — (*Ved. Delaporte*, *tom.* 2, *pag.* 126).

1881. *Il giudice commessario è forse autorizzato a compilare la discussione e le ragioni in difesa e risposte ? Ovvero il suo ministero limitasi a farle scrivere come sono presentate, sia colla viva voce, sia per iscritto ?*

Noi quì facciamo conoscere un abuso troppo generalmente tollerato: cioè quello che commettono i patrocinatori, presentando per iscritto al giudice commessario lunghe osservazioni sopra ciascun' articolo controverso di un conto; osservazioni che il giudice crede dover inserire per intiero nel suo processo verbale. Lungi da questa impostagli obbligazione, è al contrario suo dovere rigoroso d' impiegare nella redazione, la quale appartiene a lui soltanto, tutto il laconismo e tutta la precisione conciliabile colla necessità di non omettere veruna cosa di essenziale.

Del rimanente, la prova che il legislatore ha effettivamente renduto il giudice commessario padrone della redazione, e ch' è suo volere che si faccia per quanto più è possibile succinta, trovasi nei passi dell' Esposizione dei motivi della legge, e nel rapporto fatto al corpo legislativo; dei quali passi ci siam prevaluti per comentare l' art. 538. Sarebbe dunque per parte del giudice commessario sconoscere la volontà del legislatore, recar danno agl' interessi delle parti, e per conseguenza mancare ad uno dei suoi più sacri doveri, se si mostrasse compiacente in favore di uffiziali ministeriali, i quali volessero sopracaricare d' inutili particolari la redazione del processo verbale.

Perciò, secondo la nostra opinione, non bisogna seguir neanche un' altro uso di cui parla Demiau-Crouzilhac, pag. 372, è secondo il quale i patrocinatori delle parti preparerebbero i loro detti per iscritto, rimettendoli anticipatamente al cancelliere per essere inseriti nel processo verbale. È evidente che un tal uso è contrario alla legge, perciocchè il giudice commessario cesserebbe di essere padrone della redazione, senza essere neppur presente per sorvegliarla.

1882. *Allorchè chi dee dare il conto è contumace; il giudice commessario deve forse scrivere nel processo verbale le osservazioni di chi deve ricevere il conto, o limitarsi a rinviare l' affare all' udienza per farvi il suo rapporto ?*

È certo che se la persona che deve ricever il conto non comparisse, il giudice commessario, non ha altra cosa a trascrivere nel processo verbale se non l' ordinanza che dichiara rinviarsi l' affare all' udienza. Ma si è creduto altrimenti nel caso cui la stessa persona soggetta a dare il conto si rendesse contumace; allora il giudice commessario non potrebbe dispensarsi di ricevere e di trascrivere le osservazioni della persona che deve ricevere il conto, ad oggetto di mettere il tribunale nello stato di decidere con intiera conoscenza di causa.

Lepage, nelle sue quistioni, pag. 367 e 368, crede che il verbale della discussione è aperto soltanto per comprovare quello che si è detto da entrambe le parti, affinchè esse possono accordarsi, se è possibile, e che questo scopo non potendo raggiungersi ove vi fusse contumacia, non possono inserirsi i detti di una parte soltanto che si presenta; per lo che il giudice commessario devesi limitare a comprovare le contumacia, spettando in questo caso alla parte più diligente di citare per l' udienza la parte avversa.

In una parola, dice questo autore, allorchè non avvi discussione sul conto, non può darsi luogo ad elevare processo verbale.

Tal' è benanche la nostra opinione, ma potrebbe opporsi che l' art. 538 prescrive che la causa sarà portata all' udienza sol quando le parti (e non già una di esse soltanto) non si presentino.

Noi abbiam risposto anticipatamente a siffatta obiezione, dicendo, nella quistione 1880, che le espressioni dell' art. 558 debbono anche intendersi nel caso in cui una sola delle parti fosse contumace.

1885. *Chi rende il conto, dopo le risposte della persona che deve riceverlo, avrebbe forse il dritto di replicare ?*

Niuna disposizione della legge gli accorda siffatto dritto, che anzi l' art. 538 glie lo ricusa in un modo preciso, non ammettendo altre dichiarazioni nel processo verbale del giudice commessario se non le osservazioni, le ragioni in difesa e le risposte.

Le opposizioni sono fatte da chi deve rendere il conto, sia contro l' introito, sia contro l' esito, sia contro l' articolo degli oggetti da ricuperarsi.

Le ragioni in difesa si assegnano dalla per-

sona che lo rende per *sostenere* il suo conto, quante volte non conviene sulle osservazioni fatte.

Finalmente le risposte sono date da chi riceve il conto, se persiste nelle sue osservazioni e non presti acquiesenza alle ragioni in difesa.

Siffatti detti e risposte da inserirsi nel processo verbale del giudice commessario rimpiazzano i tre scritti che potevansi notificare, in materia di conto, prima della pubblicazione del Codice di procedura. Non ammettevansi affatto repliche quando chi doveva ricevere il conto avea risposto alle ragioni di difesa di chi era soggetto a darlo.

Che se non fosse sufficiente il testo dell' art. 536 per provare che chi deve rendere il conto non può replicare alle risposte di colui che deve riceverlo, potrebbesi citare l' art. 92 della tariffa il quale tassa soltanto le vocazioni che risguardano le *osservazioni*, *le ragioni in difesa e le risposte*.

Ma oltre il testo della legge e della tariffa, la ragione c' insegna non potersi senza ingiustizia ammettere la persona che deve rendere il conto a replicare alle risposte di quella che deve riceverlo, poichè diversamente sarebbe ammessa a spiegarsi tre volte sull' oggetto del conto: in primo luogo nello stesso conto, in secondo luogo, nelle ragioni in difesa, in terzo luogo nella replica alle risposte che la persona che deve ricevere il conto avesse fatta alle sue ragioni di difesa; mentre che, all' opposto, chi deve ricevere il conto non spiegherebbesi che due volte: la prima nelle sue osservazioni, la seconda, nelle sue risposte alle ragioni in difesa.

Ed appunto per istabilire la uguaglianza, la legge ha soltanto autorizzato due dichiarazioni da entrambi le parti, come l' ordinanza per ciascuna parte, ammetteva soltanto due semplici scritti (*).

ART. 539 † 622. *Se le parti non sono di accordo, il giudice delegoto dichiarerà di volerne far rapporto all' udienza nel giorno ch' egli stesso indicherà, e le porti si ritengono per intimate a comparirvi, senza che vi sia bisogno di altra citazione.*

C. di P. art. 94, 280, 542 e 977, *in fine*.

1884. *Allorchè le parti si convengono, è necessario forse di ottenere una sentenza la quale omologhi le convenzioni stabilite fra loro?*

Se le parti si convengono, dice Berriat-Saint-Prix, pag. 503, tutto è terminato *senza che siavi bisogno di sentenza*, osservando in seguito, alla nota 20, che ciò risulta da' principi di dritto, attesochè se le parti sono maggiori, esse sono libere di transigere, e che ove trattasi di un conto di tutela, lo possono dieci giorni dopo che sia rimesso al minore divenuto maggiore il conto ed i documenti giustificativi. (*Ved. C. C. art.* 472 *e* 2045). Or è difficile che siffatto termine non sia decorso prima di chiudersi le discussioni ...

Demiau Crouzilhac, pag. 372, crede che se le parti si convengono, prendono all' udienza una sentenza in forma di espediente, ovvero fanno omologare il loro accordo affinchè riceva la sua esecuzione.

Non avvi alcuna opposizione fra queste due opinioni. Senza dubbio, come dice Berriat Saint-Prix, non vi è bisogno di sentenza allorchè le parti si convengono, ovvero, ciò che vale lo stesso, esse non sono obbligate di ottenerne. Ne siegue da ciò, secondo noi, che esse hanno la scelta fra la transazione di cui parla questo autore, e la sentenza di espediente o di omologazione indicata da Demiau Crouzillach, la quale del resto non è altro se non una transazione passata innanzi al tribunale e da lui comprovata.

Ma noi non ignoriamo essersi sostenuto che, onde il conto fusse esecutorio per la *somma residuale*, bastava che il processo verbale del giudice commessario, senza transazione o sentenza, avesse attestato l'accordo delle parti; fondavasi sul seguente passo del novello Repertorio, alla parola *conto* tom. 2. pag. 675: *il conto rendulo giudizialmente è esecutorio pel residuo senza che fusse necessario di attendere una sentenza su quest' oggetto*.

Basta osservare che Merlin immediatamente dopo siffatto passo, citando l' art. 535, non ha inteso dire altra cosa se non quello che lo stesso articolo esprime; val dire che il giudice commessario, appena presentato il conto,

(*) A noi non sembra che la legge coll'art. 621 formalmente inibisce alle parti di duplicare le difese o le risposte, e quindi crediamo troppo rigorosa la soluzione data alla precedente quistione. Anche perchè una tale restrizione lederebbe i dritti della difesa, vietando alle parti di addurre le proprie ragioni in sostegno de' loro dritti.

e prima della discussione di esso, spedisce il mandato esecutivo per l'eccedente dell'introito, ma non ha avuto l'idea di esprimere che il conto fosse esecutorio per la somma residuale senza ordinanza di questo giudice, e molto meno senza sentenza. Anzi noi diremo dippiù, con Pigean tom. 2, pag. 378, che il giudice commessario non è neanche competente per spedire il mandato esecutivo per lo residuo in caso di accordo fra le parti, come lo è per le eccedenti, nel caso dell'art. 535. È ben diverso l'eccedente dal residuo; epperò fa mestieri, come sopra dicemmo, o che le parti transigano, ovvero che chi deve ricevere il conto ottenga una sentenza la quale condanna la persona che deve darlo al pagamento, dandosi al primo il dritto di prendere iscrizione.

1885. *Allorchè il giudice commessario sulle contestazioni delle parti, ordina ch' egli ne farà rapporto all'udienza, deve spedirsi forse processo verbale per uso del tribunale, e può farsene la notificazione?*

Vi sono tribunali nei quali tollerasi e si mette in tassa la spesa del processo verbale, ed anche della *sua notificazione*.

Noi crediamo quindi doversi *spedire* il processo verbale. Di fatti, il tribunale non può pronunziare sul rapporto del commessario, senza avere il processo verbale sotto gli occhi. Or questo processo verbale non può togliersi dalla cancelleria; poichè lungi di essere il cancelliere obbligato di communicare l'originale fuori della cancelleria, glie lo vietano le ordinanze ed i regolamenti antichi, mediante disposizioni generali, le quali riferisconsi indistintamente a tutti gli originali, siccome può verificarsi nel trattato dell'amministrazione della giustizia, di Jousse, tom. 1, titolo *dei cancellieri*. Bisognerebbe dunque, se non fosse permesso di spedire il processo verbale, che i giudici si portassero in cancelleria onde prenderne comunicazione; ma è certo che spetta alla parte istante di somministrare ad essi tutt'i documenti necessari per la sentenza; adunque il processo verbale debb' essere spedito per uso del giudice commessario, il quale lo presenta al tribunale in appoggio del suo rapporto.

Nulladimeno non crediamo che questo processo verbale possa notificarsi. Per convincersi che in tal modo agendo, andrebbesi contro lo spirito della legge, basta ricordarsi le ragioni esposte nel comentario dell' articolo in esame.

Egli è per economizzare le spese di procedura, che il nostro Codice ha soppresso gli scritti delle osservazioni e ragioni in difesa autorizzati dall' art. 13 del tit. 29 dell'ordinanza, ed ha ristabilito i processi verbali di esame di conto, che esistevano prima di siffatt' ordinanza. Or non sarebbe lo stesso che dar luogo alle spese che occorrono per le notificazioni di questi scritti, qualora si permettesse quella del processo verbale? Come d'altronde, concilierebbesi l'obbligazione di siffatte notificazioni con la disposizione dell' art. 539, secondo le quali le parti debbono, nel giorno fissato dal giudice commessario, comparire all' udienza senza citazione?

Perciò la Corte di appello di Nancy, nelle sue osservazioni sul proggetto, diceva ch'essa in niun caso vedeva la necessità di notificare il processo verbale di cui potevasi d'altronde prendere comunicazione in cancelleria. (*Vedi il Prat. tom.* 4, *pag.* 53.) Delaporte, tom. 2, pag. 125, dice egualmente che secondo le disposizioni degli art. 538 e 539, non devesi notificare alcuna copia del processo verbale, e neanche alle parti che si fossero rendute contumaci.

ART. 540 + 623. *La sentenza che si pronunzio sullo stato de' conti deve contenere il calcolo dell' introito e dell' esito e precisare la somma del reliquato, se ve ne ha.*

Ordin. del 1667, tit. 29, art. 20.

CCCCXXXIII. L'art. 540 del codice è concepito ne' medesimi termini dell' art. 20 dell' ordinanza, in quantochè dispone che il giudice fisserà il *residuo* con precisione, se avvene alcuno. Or per questa parola *residuo* intendesi il resto del conto di cui la persona che lo rende trovasi debitrice. Ma non bisogna da ciò conchiudere che il tribunale debba limitarsi a fissare soltanto il residuo dovuto da chi rende il conto; ma deve benanche stabilire la somma di cui costui troverebbesi creditore, e che le sue pretensioni a tal riguardo sieno riconosciute fondate (1).

(1) Questo ancora esprimea Rodier sull'art. 20 del tit. 29 dell' ordinanza quist. 2, nei seguenti termini: *Se colui che dà il conto abbia più speso che introitato, esso vien dichiarato creditore della somma ch' eccede l' introito, il che appunto dicesi re-*

1886. *Una sentenza pronunziata in materia di conto debbe forse riguardarsi come formante un solo e medesimo atto col processo verbale delle discussioni?*

Che si, secondo una decisione della corte di Rennes, dei 27 dicembre 1809. In conseguenza questa Corte decise che ove si trovassero nel processo verbale le qualità e le conclusioni delle parti, i punti di fatto e di dritto su quali il tribunale avesse dichiarato di giudicare, il voto della legge sarebbe esattamente adempito.

ART. 541 + 624. *Non vi è luogo a revisione di conti; salvo alle parti in caso di errori, omissioni, falsità, o duplicazione di partite, di proporre le relative dimande avanti i medesimi giudici* (1).

Ord. del 1667, tit. 29, art. 21 — C.C. art. 2058.

CCCCXXXIV. Le dimande di revisione di conto, dimande dispendiose, e spesso più inestricabili degli stessi conti, sono espressamente abolite dall' art. 541; laonde giudicato una volta il conto, le parti non hanno più se non il dritto scambievole di produrre gravame davanti i medesi giudici, per far riprovare gli errori, le omissioni, le partite false o duplicate inserite nel conto, nel mentre anticamente la revisione esigeva una procedura simile alla prima (2).

1887. *Il divieto dell' azione per la revisione del conto esclude forse in tutt' i casi l' appello, tendente a rettificare gli errori, le omissioni, le false o raddoppiate partite?*

L' art. 21 dell' ordinanza prescriveva, come l' art. 541, le revisioni del conto; ma dava alle parti la scelta di formare le dimande

siduo al cui pagamento vien condannato chi riceve il conto. Berriat-Saint Prix, pag. 501 nota 24 osserva con ragione che il residuo non è il vocabolo proprio, e che varrebbe meglio il dire *avanzo* di chi rende il conto.

(1) GIURISPRUDENZA.

1. Quando un conto fu regolarmente reso ricevuto ed approvato, non si può procedere per un nuovo conto; ma soltanto colla dimanda di rettificazione di errori, ommissioni o di partite false e duplicate.

2. In conseguenza i giudici non sono autorizzati a considerare un primo conto come non avvenuto ed ordinarne un'altro, e questi principi sono applicabili sì ai conti stragiudiziali, che a quelli renduti giudiziariamente. (*Decis. di Cassaz. de* 17 *apr.* 1810 a 10 *settembre* 1812; *Sirey t.* 11, *pag.* 119 *e t.* 3 *pag.* 254; *altra della Corte di Rennes degli* 8 *giugno* 1814.)

3. L'appellante da un incidente sull' espropriazione forzata non può dimandare di far rilevare errori o partite duplicate in un conto di commercio, che pretenda di essere il principio del credito dall' istante. (*Decis. della corte di Rennes del* 12 *gennaio* 1814).

4. Secondo la massima *chi vuole i fini vuole i mezzi* la legge non accordando a chi dà il conto la facoltà di rettificare gli errori le omissioni ec. che avessero potuto sfuggire in un primo giudizio; senza dubbio li autorizza a far valere tutt' i documenti ed i mezzi propri a manifestarli, anche quelli che fussero stati prodotti nel primo giudizio. (*Decis. della corte di Rennes del* 19 *gennaio* 1816).

5. L' azione per la rettificazione degli errori ed ommissioni che sieno corsi in una sentenza di arbitri in materia di commercio, dee portarsi innanzi l' arbitro che ha pronunziato la sentenza e non già innanzi al tribunal di commercio. (*Decis. di cassaz. del* 28 *marzo* 1815; *Sirey, t.* 15, *pag.* 154).

6. Una dimanda fatta in grado d' appello e che ha per oggetto di far rilevare partite omesse o duplicate, precedentemente discusse innanzi ad arbitri, non deve considerarsi come nuova dimanda: nè può essere rinviata, come tale, innanzi ai primi giudici.

7. Lo stesso è a dirsi di quella parimente prodotta in grado di appello, in occasione di una discussione preliminare che la corte avesse rinviata innanzi notajo. Di fatti questa circostanza di rinvio innanzi notajo, non toglie alla corte la conoscenza del conto, e per conseguenza essa deve conoscere dell' incidente che costituisce una parte integrale della intiera contabilità che si è portata innanzi ad esse. (*Decis. della corte di Rennes del* 25 *febbraio* 1817).

8. Con una seconda sentenza può rettificarsi un ommissione commessa nella prima sentenza che ha liquidato il conto; ed in questo caso gli stessi patrocinatori che hanno agito per la prima sentenza dovranno intervenire per la seconda, quando sia portato entro l' anno, il che è permesso di fare con semplice atto (*Decis. della corte di Rennes del* 26 *luglio* 1816).

9. Se colui che dee ricevere il conto è contumace non vi è luogo a discussione; ma ne vien fatto rapporto in udienza, ed il tribunale pronunzia sul conto la sua sentenza.

(2) Per essere ammesso a quest' azione, si comprende che è necessario indicare gli errori, le ommissioni, ec. poichè la controversia tassativamente raggirasi sugli articoli che le contengono.

per rettificazione di errori, omissioni, false o duplicate partite, davanti i giudici che avevano deciso sul conto, o d' interporre appello avverso il suo verbale di chiusura per discutere i gravami all' udienza.

Il Codice ha abolito quest'ultima disposizione; di modo che in generale è principio costante che l'appello è vietato in tutti casi. Ma Pigeau, tom. 2, pag. 384, dice che la dimanda per rettificazione d' errori ec., non può più intentarsi innanzi agli stessi giudici, ove gli errori, omissioni, false o raddoppiate partite essendosi appalesate fin dal momento del rendimento del conto, il giudice ci avesse pronunziato colla stessa sentenza emessa sul conto. Allora, dice quest' autore, non potrebbesi produrre gravame se non nei modi ordinarî fissati contro siffatta sentenza, ove si fosse in tempo e nei casi opportuni.

Tal' è benanche la nostra opinione, stabilita sulla regola che interdice ai giudici la riformazione delle loro proprie sentenze. Per la verità Merlin (*ved. nuov. Repert.*, *alla parola* sentenza, §. 3, *n.* 5, *tom.* 6, *pag.* 561), dice che comunque generale fosse siffatta regola, l' art. 541 vi fa eccezione.

Non vi ha dubbio che l'art. 541 fa eccezione alla regola enunciata; ma in questo senso soltanto ch' essa non permette al giudice, il quale non può più conoscere di una causa in forza della sentenza da lui emessa, che vi torni novellamente a pronunziare, e non già nel senso di poterglisi di nuovo sottoporre ciò che abbia giudicato, allorchè ha pronunziato sopra errori rilevati innanzi a lui. Tutto ciò, secondo noi, non è quello che Merlin ha detto o ha inteso di dire. Per conseguenza crediamo che l' art. 541 non applicasi se non nel caso in cui gli errori, omissioni ec., non sono stati rilevati davanti ai primi giudici.

ART. 542 + 625. *Non comparendo la persona a cui si dee rendere il conto, il giudice delegato fa il suo rapporto nel giorno da lui indicato : gli articoli del conto sono approvati, se sono giustificati : se quello che rende il conto risulta debitore, conserva presso di se il reliquato senza interessi ; e se non trattasi di rendimento di conto di tutela, quello che rende il conto dovrà dare cauzione quando non preferisca di depositare la somma del reliquato.*

Ordin. del 1667, tit. 29, art. 23. — C. C. art. 474, 1257 e se. — C. di P. art. 126, 517, 539, 816.

1888. *Il tutore è compreso nella disposizione la quale autorizza la parte che deve rendere il conto, qualora apparisca debitrice, a conservare il residuo senza interesse ?*

Siffatta disposizione nasce dall' art. 474 del Codice civile, il quale dichiara che la somma alla quale ammonterà il residuo dovuto dal tutore produrrà interesse, senza dimanda, a contare dalla chiusura del conto. Al contrario, secondo l' art. 542 del Codice di procedura, allorchè la persona che deve ricevere il conto non comparisce, quella che deve renderlo, s' è debitrice, custodisce il residuo senza interesse.

Per conciliare questi due articoli, si può dire che il primo è stato scritto pel caso in cui il conto del tutore è stato discusso colla parte interessata, ed il debito regolarmente liquidato. Or in tale ipotesi niun motivo esiste per dispensare il tutore dal pagamento degli interessi, ove non faccia subito quello del residuo ; ma l' art.542 del Codice di procedura è scritto pel caso in cui chi deve ricevere il conto è contumace. In questa circostanza il ritardo di chi rende il conto non potrebb'essere imputato a sua propria negligenza : epperò sarebbe ingiusto aggravarlo d' interessi ; e poichè siffatta ragione milita per rispetto al tutore, come per rispetto ad ogni altro che deve rendere il conto, la disposizione del presente articolo debb'essergli applicata.

È questa la nostra opinione uniforme a quella di Lepage (*ved. le sue quist. pag.* 307) ; ma Pigeau tom. 2, pag. 379, e Delvincourt, tom. 1, pag. 501, sembrano essere di un sentimento contrario, percioechè ricorrono all' art.474 del Codice civile, senza aggiungervi veruna osservazione.

Modello di dimanda per reddizione di un conto.

L' anno . . . il giorno . . . del mese . . .

A richiesta del signor Luigi . . . domiciliato in . . . minore emancipato con deliberazione del consiglio di famiglia del giorno . . . convenuto innanzi il giudice del circondario di ... coll' assistenza ed autorizzazione del signor Pietro . . . di lui curatore, come pure a richiesta dello stesso signor Pietro domiciliato . . . nella qualità di curatore in detta deliberazione assegnato al detto signor Luigi . . . Io . . . ho citato il signor Paolo . . . domiciliato . . . a comparire fra otto giorni, oltre il legale aumento per la distanza, innanzi al tribunale civile di . . . per rispondere alle seguenti dimande.

Ritenuto il testamento del fu Mario . . . per notar . . . de' . . . con cui fu l'istante chiamato erede nella terza parte del di lui patrimonio, e fu nominato il signor Paolo . . . per di lui tutore e per amministrare i suoi beni.

Ritenuto l'inventario del dì . . . presso notar . . . ove si conosce il valore totale del patrimonio da cui l'istante ne dovea prendere una terza parte.

Ritenuti gli atti ... che giustificano il rifiuto irragionevole del tutore di concorrere amichevolmente alla divisione, benchè n'era stato autorizzato dal consiglio di famiglia con deliberazione... debitamente omologata ... quale rifiuto produsse la destinazione di un amministratore giudiziario che arrecò gravissimi danni agli eredi, e li gravò di enormi spese.

Attesochè dopo dodici anni di gestione è ora tempo che il tutore suddetto ne dia il conto, restituisca i mobili che per deliberazione del consiglio di famiglia del giorno . . . doveano conservarsi in natura, e le scrittura secondo lo elenco trascritto nell'atto della divisione del giorno . . .

Piaccia al tribunale

Condannare il signor Paolo . . . anche coll'arresto personale a dover rendere in un termine brevissimo il conto della tutela tenuta dall'anno . . . sino al giorno . . .

Nominare un Giudice innanzi al quale debbasi giurare e presentare il legale conto sudetto.

In mancanza di che condannarlo, coll'arresto personale e col sequestro e pegnoramento dei di lui beni mobili ed immobili, a pagare all'attore, coll'assistenza del detto curatore, la somma . . . in ragion veduta dei vistosi annuali introiti del patrimonio da lui amministrato.

Condannarlo in fine ai danni ed interessi, per di lui negligenza e dolo, sofferti dall'istante nel corso della gestione, da liquidarsi previa specifica, ed alle spese del giudizio. Dichiarandogli che il signor . . . patrocinatore . . . procederà per l'istante.

Modello di dimanda per riceversi un conto.

L'anno . . . il giorno . . . del mese . . .

Ad istanza del signor Pietro domiciliato . . . . . Io . . . usciere . . . . ho citato il signor Paolo domiciliato . . . a comparire innanzi al tribunale civile di . . .

Attesochè dopo tre anni che dal signor Paolo gli fu conferito l'esercizio gratuito della gestione del di lui beni con mandato innanzi notaro, non si è reso dall'istante alcun conto della tenuta amministrazione.

Attesochè il signor Paolo ricusa di riceversi il detto conto nella via amichevola e di pagargli le somme delle quali trovasi in disborso, onde bisogna procedersi giudizialmente.

Piaccia al tribunale dargli atto della volontaria offerta del conto suddetto e del rifiuto a riceverselo di detto signor Paolo, autorizzare il signor Pietro a rendere e giurare il conto della gestione da lui tenuta, innanzi al giudice che all'oggetto sarà delegato, condannare il signor Paolo ad intervenire, se lo crede, nella discussione del detto conto, ed a pagargli le somme che, per eccesso di esito trovasi l'istante creditore, cogl'interessi legali sino all'adempimento, ed alle spese del giudizio. Gli ho dichiarato in fine che il signor . . . . patrocinatore . . . ec.

Modello di richiesta per la designazione del giorno di presentazione del conto.

Al signor N. P. giudice del tribunale civile di . . . commissario per la reddizione di un conto.

Carlo M. domiciliato ... espone che fu condannato con sentenza di questo tribunale civile del giorno . . . a rendere in due mesi il conto della tutela a lui affidata del minore P. . . divenuto ora maggiore. Formato già il conto della di lui amministrazione deve presentare e giurare innanzi di voi per procedersi in seguito alla discussione di esso. In conseguenza egli vi prega perchè vi piaccia designare il giorno, ora, e luogo in cui deve far avvertire il di lui concedente onde esser presente, se il vorrà, alla presentazione del conto ed al giuramento della verità dello stesso.

L. patrocinatore.

Modello d'istanza per la designazione di un giudice commessario per la presentazione di un conto.

Al signor presidente del tribunale civile di . . .

Carlo M. domiciliato in . . . . espone che con sentenza di questo tribunale civile del giorno . . . fu condannato a rendere e giurare il conto della gestione tenuta da' beni del signor P. . . innanzi al giudice signor N. . . delegato nella sentenza medesima. Or siccome il giudice commessario fu chiamato ad altre funzioni o promosso a regio procuratore di . . . per lo adempimento della sentenza sudetta, vi prego di designare un altro giudice del collegio a cui voi presedete.

L. patrocinatore.

Modello di processo verbale della presentazione e giuramento del conto.

L'anno . . . il giorno . . . del mese . . .

Avanti di noi D. . . giudice commessario delegato con sentenza del tribunale civile di . . . del giorno . . .

In esecuzione della nostra ordinanza del giorno . . . intimata a' signori . . . nel domicilio de' loro patrocinatori con atto dell'uscier . . . del dì . . .

Si è presentato Lucio M. cerusico domiciliato . . . assistito dal signor T. . . di lui patrocinatore

Il quale ci ha presentato il conto della gestione de' beni di L. . . . affidatagli con atto del dì . . . e che fu obbligato di rendere in esecuzione di detta sentenza. Tale conto consiste in numero ventisei pagine, interamente contengono l'esito nel bilancio ascendente a ducati . . . Annessi a tale conto

vi sono numero settantadue pezzi di appoggio formanti un fascicolo, debitamente numerati e foliati a corrispondenza del conto. Noi abbiamo invitato il patrocinatore del reddente e contrassegnare in ogni pagina il conto suddetto cogli annessi documenti. Dopo di che abbiamo interpellato il reddente M . . . a giurerne la verità. Egli volentieri ha nelle nostre mani effermato con giuramento la verità del conto medesimo a' termini delle legge. In fede di che si è in questo luogo sottoscritto col di lui patrocinatore.

Seguono le firme.

Modello di processo verbale dell' ammissione del conto.

L' anno . . . il giorno . . . del mese . . .

Avanti di noi giudice del tribunale civile di . . . commessario delegato con sentenza del giorno . . . assistito da N. . . cancelliere, sono comparsi.

Il signor B. . . patrocinatore del signor A. . . domiciliato . . .

Il signor C. . . patrocinatore del signor D. . . domiciliato.

I quali vennero a presentarsi in esecuzione della nostra ordinanza contenuta nel processo verbale del dì . . . mediante la quale abbiamo avvertito le parti a trovarsi presenti per oggi innanzi a noi per dar cominciamento alla discussione del conto.

Il signor C. . . ha dichiarato che avendo esaminato il conto reso dal signor A . . . di cui gli fu intimata copia con citazione del giorno . . . ed avendo preso pure conoscenza dei documenti che lo corroborano, a lui anche comunicati all' amichevole, ha riconosciuto l' esattezza del suddetto conto, e non ha da portare osservazioni su i differenti articoli dello stesso, per lo che ha chiesto che gli si rilasci un mandato esecutivo contro il signor A.. perchè fosse tenuto a depositare la somma di ducati . . . che secondo la ricapitolazione del conto suddetto trovansi per eccesso d' introito presso di lui. (*Ovvero ha osservato che nell' introito si devono aggiungere ducati . . . pagati a . . . mancanti di giustificazione ec. ec. E quindi si trascrivono tutte le osservazioni del ricevente sul conto prodotto*).

In fede di che i detti patrocinatori si sono sottoscritti.

Modello di mandato esecutivo per lo pagamento della somma che sopravvanza nel conto.

Noi L. . . giudice del tribunale di . . . procedendo come commissario per la discussione del conto delegatogli con sentenza del giorno . . .

Veduto il conto prodotto dal signor T. . . delle gestione de' beni del signor P . . . di cui si è affermata la verità con giuramento con nostro processo verbale del dì . . . in contraddizione del ricevente.

Attesochè dalla ricapitolazione sommaria degli articoli del conto risulta che il signor T . . . rimane in debito di ducati . . . che si confessano come resta dell' entrata.

Veduto l' art. 618 del codice di procedura.

Attesochè la richiesta del signor P . . . fatta nel processo verbale della presentazione del conto per lo mandato esecutivo onde riscuotere il credito risultante per eccesso d' introito, è ragionevole, non toccando quest' atto i dritti rispettivi intorno la discussione del conto.

Ordiniamo che il signor T . . . paghi in ore ventiquattro dopo la intimazione del presente mandato, ducati . . . che si confessano nel conto come resta d' introito rimasto in di lui potere, ed in mancanza autorizziamo il ricevente a procedere al pegnoramento, sequestro e vendita dei di lui beni fino alla concorrenza di tale somma.

Restano però riservati alle parti i dritti rispettivi per la discussione degli articoli del conto suddetto.

Ordiniamo oggi li . . . in . . .

Seguono le firme del giudice e cancelliere.

Modello di conclusioni per la condanna al residuo del conto discusso.

Pel signor T . . . domiciliato . . . patrocinato da me infrascritto.

Contro il signor L. . . domiciliato . . . patrocinato . . .

Attesochè dal conto discusso il signor L . . si convinse di essere debitore di ducati . . . verso il signor T. . . per resta sul conto suddetto e che offre pagare lo contanti al ricevitore.

Attesochè non avendo curato fare offerta reale della somma di cui è parola, è d' uopo che nel validarsi il conto si promuova contro il reddente la condanna al pagamento delle somme da lui confessate.

Piaccia al tribunale.

Dare al signor T. . . atto della volontaria confessione del signor L. . . nel riconoscersi debitore di ducati . . . resta sul conto da lui giurato o discusso e dell' offerta di voler soddisferli.

In conseguenza condannare il signor L. . . al pronto pagamento non solo de' ducati . . . resta sul conto, ma bensì alle spese del giudizio, facoltando a ritenersi ducati. . . per le spese da lui anticipate per la reddizione del conto.

Modello di conclusioni dopo la discussione del conto contraddetto.

Pel signor L. . . attore domiciliato . . . patrocinato . . .

Contro il sig. D. . . domiciliato . . . patrocinato . . .

Attesochè le sei partite d' aggiungersi all' introito, giustificandosi con documenti, pe' quali vien provato che il signor D. . . ricavò di conto della tutela ducati . . . non vi è ragione per la quale non devono bonificarsi.

Attesochè ducati ... segnati ne' numeri... devono detrarsi dall' esito per mancanza di giustificazioni;

Che ducati ... segnati al numero ... devono ridursi a ducati ... ec.

Piaccia al tribunale.

Aggiungere all' introito ducati ... provvenienti...

Detrarre dall' esito ducati ... cioè ..

Fissare in conseguenza l' introito in ducati ... e l' esito a ducati ...

Condannare il signor D... a pagare ducati ... per quanto l' introito eccede l' esito, cogli interessi legali sino al pagamento, ed all' uopo dare atto all' istante della volontaria offerta di quietare il conto suddetto tostocchè gli saranno pagate le somme suddette.

Condannare il reddente alle spese.

TITOLO V.

Della liquidazione delle spese (1).

A parlare esattamente, le spese che in francia diconsi *dèpens* non sono altra cosa se non le spese della stessa lite, e le spese denominate *frais* son quelle erogate accessoriamente; ma le une e le altre sono comprese sotto la parola *spese*, allorchè trattasi di liquidarle contro la parte la quale è stata condannata a pagarle.

Siffatta liquidazione richiede due operazioni. La prima consiste nell' esaminare se i documenti della procedura sono autorizzati dalla legge, e se d' altronde non sono stati dichiarati nulli; poichè in questi due casi il giudice non potrebbe tassarli. La seconda ha per oggetto di attribuire a ciascun documento la somma a cui esso debb' essere tassato secondo i regolamenti.

In materia sommaria, la liquidazione si fa sempre colla sentenza (*art.* 543†626); ma nelle altre cause si fa da uno dei giudici i quali han preso parte nella sua pronunziazione, e secondo il modo determinato dai regolamenti dell' amministrazione pubblica. — (*art.* 544 † 626). (*Ved. l' art.* 1041.)

Art. 543 † 626. *Nelle cause sommarie, la sentenza che condanna alle spese, conterrà anche la loro liquidazione* (2).

Ordin. del 1667, tit. 31, art. 35.

Art. 544 † 626. *Nelle altre cause la maniera di procedere alla liquidazione delle spese sarà determinata da uno o più regolamenti di amministrazione pubblica i quali dovronno avere la loro esecuzione all' epoca dell' attivazione del presente codice, e che dopo tre anni al più tardi saranno, co' cangiamenti, de' quali sembreranno suscettibili, presentati in forma di legge al corpo legislativo.*

CCCCXXXV. La semplicità dell' istruzione organizzata per le cause sommarie (*ved. supra, pag.* 121 *e seguenti*) permetteva che la sentenza la quale in siffatte materie condannava alle spese, ne contenesse la liquidazione, e trovasene l' obbligo imposto nell' art. 543.

Ma non può dissimularsi che se questa rego-

(1) Vedi sopra art. 130 e 131.

(2) GIURISPRUDENZA.

Una decisione in materia di tassa può essere impugnata con ricorso per annullamento: perciocchè è nelle attribuzioni della corte suprema di reprimere tutte le infrazioni fatte alla legge; e l'esercizio di questa attribuzione può cessare nel solo caso di una eccezione espressa e formale, e niuna eccezione trovasi nel decreto del 16 febbrajo. (*Decis. di cassaz. del* 12 *maggio* 1812; *Sirey*, *t.* 13, *pag.* 37.)

2. Allorchè la parte che succumbe interpone appello dalla tassa delle spese, è necessario, perchè l' appello sia ammessibile, che gli articoli impugnati sieno cancellati entro i tre giorni, anche se bisognasse cancellarli tutti, abbracciando l' appello la totalità della tassa.

3. Il giudice commessario che tassa, non può autorizzare la parte che ha guadagnata la lite ad impiegare in ispese ed in effettuazione di esecuzione dei suoi crediti le spese che le vennero aggiudicate, se la decisione condannatorie alle spese non contiene questa facoltà. (*Decis. della corte di Parigi degli* 11 *frutt. an.* 3, *Sirey*, *tom.* 3, *pag.* 895.)

4. La tassa o il mandato esecutivo per spese può impugnarsi con opposizione non solo della parte succumbente, ma ben anchè di quella a di cui profitto furono aggiudicate. (*Decis. della corte di Ajaccio de'* 12 *settembre* 1811, *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 22).

5. Allorchè una sentenza condanna una parte alle spese ed alle anticipazioni del suo patrocinatore, tale sentenza reputasi sempre profferita salva la tassa. Cessa dunque di essere esecutoria tostocchè la tassa è dimandata, ed in conseguenza non si possono legittimare la procedure di espropriazione forzata.

Se in tal caso un tribunale di prima istanza decide il contrario ed ordina la continuazione delle procedure, la sua sentenza è suscettibile di appello, anche quindici giorno dopo la notificazione fatta al patrocinatore. Qui non si applicano affatto gli art. 734 † 818 e 736 † 820 del cod. di procedura civile. (*Decis. della corte di Ajaccio de'* 12 *settembre* 1811, *Sirey, tom.* 14, *pag.* 22).

la fusse stata applicata a tutte le contestazioni, avrebbe recato, massime nei tribunali delle grandi città, un ritardo considerevole alla spedizione ed esecuzione della sentenza, nella quale la disposizione relativa alle spese è quasi sempre la meno importante, e la cui pronta esecuzione meno interessa la parte che ha ottenuto l' aggiudicazione delle sue conclusioni.

Ma sia o pur no questa liquidazione di spese contenuta nella sentenza, la legge deve indicare le forme, le quali debbono condurvi gli uffiziali incaricati di prepararne gli elementi, ed i giudici che debbono fissarla. Le spese debbono tassarsi dal giudice, o siccome fu ordinato forse dalla legge del 27 marzo 1701, potevasene affidare la liquidazione alle camere de' patrocinatori, lasciando a' giudici il potere soltanto di renderla esecutoria?

Dovrà forse determinarsi con una tariffa il costo di ciascun atto, di ciascun ruolo di scrittura, di ciascuna vacazione? Non sarebbe forse possibile di distribuire in molte classi poco numerose la totalità delle cause che si trattano ne' tribunali, per fissare in seguito una somma la quale fosse stabilita per ciascuna classe e secondo l'importanza della causa?

Siffatte quistioni furono discusse nella disamina del progetto del Codice di procedura (1). Ma si credè pericoloso d'improvisare, sopra una materia così importante, una teoria novella, la cui esecuzione fusse stata problematica, e consigliò la prudenza una misura conciliatrice tendente a produrre una legge che si avvicinava, per quanto era possibile, all'agognata perfezione. Ed è perciò che il titolo della liquidazione delle spese non dà alcuna regola a tal riguardo, e limitasi ad annunciare col art 544 che la maniera di procedervi sarà provvisoriamente stabilita da uno o più regolamenti di amministrazione pubblica, i quali dopo quattro anni al più tardi, sarebbero presentati al corpo legislativo, co' cambiamenti di cui fussero sembrati suscettibili.

Questo regolamento è contenuto nel decreto del 16 febraio 1807. (2) È doloroso però che dopo quindeci anni sia rimaso senz' effetto il saggio partito che il legislatore aveva preso di attendere dall' esperienza le disposizioni più proprie a conciliare l' interesse delle parti, quello dei patrocinatori e quello dei tribunali.

1889. *Soltanto forse nelle materie sommarie la sentenza debbe contenere la liquidazione delle spese?*

Che no; siffatta liquidazione debb' essere fatta del pari colla stessa sentenza, allorchè decide talune controversie elevate in materia ordinaria. — (*V. l'art.* 761 *e* 766† 485 e 588.)

1890. *È necessario forse, sotto pena di nullità della sentenza, che in materia sommaria la tassa delle spese sia pronunziata all' udienza?*

L'art. 543 vuole che in materia sommaria la liquidazione delle spese facciasi colla sentenza che le aggiudica. A tal effetto, il patrocinatore che ne ha ottenuto condanna deve, uniformemente all' art. 1. del decreto del 16 febbraro 1807, presentare al cancelliere che assiste all udienza, lo stato delle spese aggiudicate, per la liquidazione da inserirsi nel dispositivo della sentenza.

Erasi conchiuso da siffatte disposizioni che la tassa delle spese doveva essere pronunziata alla stessa udienza in cui era stata pronunziata la sentenza. Ma con decisione del 2 maggio 1810, la Corte di cassazione, camera dei ricorsi, non solamente giudicò non essere richiesta siffatta pronunziazione, ma che neanche era necessario che fosse racchiusa in una spedizione rilasciata immediatamente, bastando di essere enunciata nell' originale. (*Ved. Sirey*, *t.* 10, *pag.* 242.)

1891. *Il termine dell' opposizione al mandato esecutorio, ovvero alla sentenza per la parte che risguarda la liquidazione, è forse lo stesso tanto in materia sommaria, che in materia ordinaria?*

L'art. 6 del decreto dichiara che il mandato esecutivo, ovvero la sentenza per la parte che riflette la liquidazione, è suscettibile di opposizione, e prescrive doversi produrre con citazione nei tre giorni da quello della notificazione al patrocinatore. Si è preteso che il decreto, distinguendo le spese in materia sommaria da quelle in materia ordinaria, e parlando delle prime soltanto nell' art. 1, il quale nulla prescrive risguardante il termine dell'opposizione, siffatto termine, per le materie som-

(1) Vedi la discussione di queste quistioni nell' esposizione de' motivi di Rial, e nel rapporto al corpo legislativo di Favard, ediz. di F. Didot pag. 190 a 293, e 234 a 236.

(2) Questo regolamento è una delle principali materie che saranno trattate nel corso della pratica che abbiamo annunziato nella nostra introduzione.

marie, restava sottoposto alle regole generali; che in una parola l'art. 6 del decreto applicavasi soltanto alle materie ordinarie. Ma questo assunto fu rigettato, con arresto della Corte di cassazione del 28 marzo 1810, sezione dei ricorsi (*ved. Sirey, tom.* 10, *pag.* 240); laonde devesi aver per fermo che il termine fissato dall'art. che abbiamo citato è comune ad ogni opposizione per tassa di spese.

1892. *L'opposizione contro una specifica di tassa produrrebbe forse un mezzo d'inamissibilità d'appello che s' interponesse avverso la sentenza relativa al merito?*

Noi abbiamo decisa questa quistione per l'affermativa, n. 1730 della nostra Analisi, pel caso in cui l'opponente non avesse dichiarato di riservarsi il rimedio dell'appello. Di fatti, noi dicevamo, dal perchè contenderebbesi soltanto della tassa delle spese, potrebbesi tirare la conseguenza che l'opponente approvi tacitamente le condanne pronunziate nel merito. — (*Ved. Pigeau, tom.* 2, *pag.* 311 *e* 312.)

Ma il contrario fu deciso dalla Corte di Parigi, in data del 10 giugno 1812 (*ved. Giurisprudenza del Codice civile tom.* 19, *pag* 265), allesochè l'opposizione alla tassa contenuta in una sentenza non porta acquiescenza, percciocchè non è volontaria, dichiarando il regolamento del 16 febbraio 1807, art. 6, che debb' essere formata fra tre giorni, sotto pena di decadenza. Noi crediamo doverci attenere a quest' ultima decisione.

Modello di nota specifica delle spese.

Specifica delle spese alle quale in virtù di sentenza pronunziata dal tribunale civile di . . . a dì . . . il signor Pietro abitante a . . . è stato condannato in favore del signor Paolo abitante a . . . (*Se si è pronunziata separazione, si aggiunge*): con separazione in favore di A. . . suo patrocinatore, cha ha dichiarato di aver fatta la maggior parte delle spese.

Delle quali spese il detto signor Paolo . . . ed il detto signor A. . . domandano la tassa nella seguente maniera; cioè.

Per citazione. ec . . . ec.

Modello d' intimazione alla parte che ha ottenuta la sentenza, di levarla prima che sieno tassate le spese.

Ad istanza del signor Pietro s' intima il signor A. . . patrocinatore del signor Paolo, di levare nel termine di tre giorni la spedizione della sentenza pronunziata tra le parti dal tribunale civile di . . . e di notificarne copia al signor B. . . patrocinatore del detto sig. Pietro, altrimenti protesta levar egli la suddetta sentenza; di che ec.

Modello di esecutorio delle spese.

(La intestazione del sovrano regnante).

Il tribunale ec. ha emesso il seguente esecutorio:

Il tribunale ordina all' usciere che sarà richiesto ec., ad istanza del signor Paolo abitante a . . . di costringere, con tutt'i mezzi autorizzati dalla legge, il signor Pietro abitante a . . . al pagamento della somma di . . . cui ascendono, non compreso il costo, registro e notificazione del presente esecutorio, le spese tassate dal signor . . . giudice del tribunale, delegato, alle quali in virtù di sentenza contraddittoriamente pronunziata dal tribunale, il detto signor Pietro è stato condannato in favore del signor Paolo (*se vi è separazione, si dirà*, in favore del signor A. . . patrocinatore del signor Paolo, che ha dichiarato aver anticipate le spese).

Affinchè il detto signor Paolo, o il signor . . . possa riscuotere la detta somma.

Fatto e rilasciato dal tribunale ec., il dì . . .

Ordiniamo ec. . .

In fede di che la minuta del detto esecutorio è stata firmata dal presidente.

Modello di opposizione alla tassa.

Ad istanza del signor Pietro . . . si avvisa il signor A. . . patrocinatore del signor Paolo.

Di comparire il dì . . . ad ore . . . nella camera del consiglio, per sentire ammettere la opposizione alla tassa fatta in virtù di sentenza, o esecutorio del dì . . . delle spese alle quali è stato condannato con sentenza del dì . . . la quale tassazione sarà riformata e ridotta a quella di . . . di che ec.

APPEDICE

Al titolo V. della liquidazione delle spese.

Il titolo quinto del codice di procedura francese contiene due soli articoli, l'art. 543 e 544: il primo di esso prescrive doversi liquidare le spese in materia sommaria, dalla stessa sentenza condannatoria; il secondo, relativamente ai giudizi ordinari, si riserbò di provvedervi con uno o più regolamenti di pubblica amministrazione, quali regolamenti sono contenuti nel decreto de' 16 febbraio 1807.

Presso di noi però lungi di avere un regolamento apparte, le nostre leggi di procedura civile trattano si della liquidazione delle spese pei giudizi sommari, che per quella risguardante i giudizi ordinari. Per la qual cosa trovansi aggiunti altri otto articoli ai due articoli francesi, ed il primo di essi è stato interamente modificato.

Difatti l'art. 543 del codice francese dichiarava soltanto *di doversi liquidare le spese* nelle cause sommarie nella stessa sentenza con cui fossero aggiudicate. Il nostro art. 626, dando un maggior sviluppamento a quello già citato aggiunge la seguente precisa disposizione. « A » questo effetto il patrocinatore che avrà ottenuta la condanna, presenterà nello stesso » giorno al cancelliere di udienza la nota specifica delle spese aggiudicate. La liquidazione sarà fatta dal cancelliere fra ventiquattr' » ore, e sarà inserita nel dispositivo della sentenza. »

Art. 627. *Le spese nelle cause ordinarie saranno liquidate da uno de' giudici che avrà assistito alla sentenza: ma questa potrà essere spedita e rilasciata, prima che sia fatta la liquidazione delle spese.*

Art. 628. *Il patrocinatore che dimanderà la tassa, presenterà al cancelliere la specificazione delle spese aggiudicategli, co' documenti giustificativi.*

Art. 629. *Il giudice incaricato di liquidarle tasserà ciascun articolo al margine della specificazione; sommerà in fine il totale, e sottoscriverà; noterà la tassa sopra ciascun documento, e cifrerà. La specificazione rimarrà unita alle qualità.*

Art. 630. *La somma della tassa sarà ripartata in fine della specificazione delle spese aggiudicate. Sarà sottoscritta dal giudice che avrà proceduta e dal cancelliere. Allorchè tale somma non sarà stata compresa nella spedizione della sentenza, la parte avrà per essa un esecutoria dal cancelliere.*

Tutti questi articoli sono relativi al modo di formare la nota delle spese, la quale deve eseguirsi facendo la specificazione in due colonne una per le spese, e l'altra per gli atti (*cantanda per un sola articolo l'atto, colla spesa di fogli bollati, usciere, registro ec.*), e per gli emolumenti co' rispettivi titoli.

Il giudice incaricato per la liquidazione fa la tassa in margine di ciascuno articolo della nota, e sopra ciascuna carta giustificativa, che sarà presentata dal patrocinatore che dimanda la tassa. Quindi scrive in piede il totale delle spese aggiudicate, e sottoscrive unitamente al cancelliere, la di cui firma è necessaria per rendere legale ogni atto giudiziario. Finalmente la specificazione viene annessa alle narrative.

Fatta in tal guisa la tassa, il suo importare è inserito nella minuta della sentenza. La condanna alle spese è così concepita; *condanna il soccumbente B. . . alle spese liquidate nella somma di . . .* Ma siccome chi ha guadagnato la causa può aver premura per la spedizione della sentenza, e la tassa, a motivo della sua complicazione o delle occupazioni del giudice, non potrà farsi prima della spedizione della

sentenza, così questa potrà spedirsi e rilasciarsi ancorchè non siasi fatta ancora la liquidazione delle spese.

Art 631. *Questo esecutorio, o la sentenza relativa alla liquidazione saranno soggette alla opposizione che dovrà esser fatta nel corso di tre giorni dal dì della notifica, con citazione al patrocinatore. Si giudicherà sommariamente, e non si ammetterà appello dalla sentenza, se non quando vi sarà appello per qualche disposizione sul merito.*

Poichè il condannato non trovasi presente alla tassa, è probabile che ridondi a lui qualche pregiudizio, ammettendo nelle spese taluni atti che non sono a suo carico o che sono riprovati dalle leggi, ovvero tassando più scritture o copie di quelle legalmente autorizzate. In tal caso la sentenza o l'esecutorio il quale, giusta il precedente articolo, è rilasciato dal cancelliere, sarà suscettibile di opposizione per la liquidazione.

La opposizione dovrà proporsi fra tre giorni da quello della notificazione, e dovrà farsi con atto di patrocinatore, con intimazione a comparire nella camera del consiglio per decidersi sulla opposizione della tassa di spese.

Però quest' articolo 631 se accorda la opposizione, la quale dovrà giudicarsi sommariamente, nega il dritto dell' appello, traune quando si fosse lo stesso interposto per qualche disposizione sul merito.

« La ragion vera, dice il traduttore di Pigeau, vol 2, pag. 753, nota (*), dell' inappellabilità delle sentenze per la parte delle » spese sembra essere che non può appellarsi » dell' effetto se non si appella della causa. La » condanna alle spese è l' effetto necessario » della succumbenza nel giudizio. Se per questo non vi è gravame, sia perchè inappellabile, sia perchè la parte vi si acquieta, non » pare regolare darsi luogo a gravami per lo » effetto della soccumbenza »

Art. 632. *Quando la parte che ha ottenuto la sentenza in causa sommaria, non cura di prenderla, l' altra le farà una intimazione, acciò la prenda fra tre giorni.*

Art. 633. *Non adempendo neanche a questa intimazione, la parte soccumbente potrà prendersi la spedizione della sentenza, senza che le spese fossero state tassate: salvo però all' altra parte il diritto di farle tassare nel modo indicato nell' art. 627 e nei seguenti.*

Questi due articoli sono relativi al caso in cui la parte che ha vinta la causa trascuri di ritirare la spedizione della sentenza, e la parte condannata ha premura di averne una copia.

Fatta la distinzione fra la spedizione esecutiva ed una semplice copia di sentenza, è chiaro che chiunque, anche estraneo alla lite, può prenderne una semplice copia. Se dunque il condannato vuole averne una, può spedirla quantunque non siano tassate le spese; imperocchè con ciò verun pregiudizio recasi al dritto che ha l' altra parte di farsi la sua spedizione. Però egli non può ottenerla se non quando la parte che ha ottenuta la sentenza non ama di prenderla, e se essa non abbia adempita all' intimazione fattale di prenderla fra tre giorni.

Art. 634. *Le dimande de' patrocinatori e di altri uffiziali ministeriali per pagamenti di spese contra le parti, per le quali o avranno agito, o avranno fatto degli atti, saranno recate all' udienza. In testa della notifica vi sarà la copia del notamento delle spese che si domandano.*

È necessario avvertire che quest' articolo parla soltanto di spese, e non già di onorarî, pei quali, giusta una legge a ciò relativa; bisogna ricorrere per la tassa alla camera di disciplina.

SECONDA DIVISIONE.

Dell' esecuzione forzata sopra i beni o sulla persona del debitore.

I titoli di cui componesi la seconda delle divisioni che abbiamo fatto del quinto libro del Codice, ne formano la parte più importante. Dessa è il compimento e la sanzione di tutte le leggi civili. Di fatti all'indarno si sarebbero stabilite le leggi le quali fissano i dritti ed i doveri dei cittadini, istituita l'autorità incaricata di fare l'applicazione ai casi che presentansi, e prescritto il modo di procedere per ottenere siffatta applicazione, se il legislatore non avesse in seguito regolato la maniera di eseguire le sentenze e gli atti autentici che ne tengono luogo, secondo la convenzione delle parti. È necessario che colui il quale ha ottenuto una sentenza favorevole, o verso del quale è stata presa una obbligazione nella forma la più solenne, oppure è stata dichiarata obbligatoria dal magistrato, abbia dei mezzi sicuri di costringere colui che fu condannato o che ha stipulato di soddisfare alle sue obbligazioni.

L'esecuzione forzata delle sentenze e degli atti si fa sopra i beni o sulla persona del debitore, ne' modi di sopra indicati pag. 340 ed il di cui esercizio è regolato dalle disposizioni *generali* o particolari, contenute nei titoli seguenti.

TITOLO VI.

Regole generali sull' esecuzione forzata delle sentenze ed atti.

Con questo titolo il legislatore fa conoscere quali sono le sentenze che debbono eseguirsi in Francia, qual forma debbano avere per ottener forza di cosa giudicata, quali sono gli atti i quali da se stessi hanno forza di sentenze, e quali mezzi la legge presenta all'autorità giudiziaria per far rispettare le sue decisioni.

Ed in questo luogo precisamente il legislatore ha avuto bisogno di tutta la sua saggezza per mitigare il rigore necessario delle sue disposizioni colla più esatta giustizia. Era necessario proteggere l'esecuzione delle sentenze e degli atti autentici, tanto nell'interesse di colui contro del quale si agisce, quanto nello interesse della parte attrice, val dire che ogni misura arbitraria e vessatoria non può essere impiegata per l'esecuzione di una sentenza o di un'atto esecutivo: perciò la legge nulla ha omesso per raggiungere questo duplice scopo. Da per ogni dove veggonsi segni di una sollecitudine paterna pel debitore infelice, esposto ad atti di rigore che la legge permette al creditore, ma di cui abusavasi sotto l'antica legislazione, e per cui il legislatore non ha voluto che d'ora innanzi più se ne abusasse.

ART. 545 † 635. *Nessun giudicato o atto può esser messo in esecuzione se non ha la stessa intestazione che le leggi, e se non porta in fine il mandato agli officiali di giustizia conforme al prescritto dell'art.* 146 † 239 (1).

Legge del 29 settembre 1791, sez. 2 tit. 6, art. 13 e 14. — C. C. art. 2213. — Ordin. del Re del 30 agosto 1815.

(1) GIURISPRUDENZA.

1. La ordinanza esecutoria di un giudice non può mandarsi ad effetto se non è intitolata e terminata, com'è prescritto nell'art. 146; attesochè sotto questa parola *atto*, l'art. 545 non comprende solamente *gli atti notariali*, ma tutti quelli capaci di una pronta esecuzione.

Gli atti comprovanti le vendite publiche di mobili fatte dai notari, non sono suscettibili di pronta esecuzione se non sono firmati dal compratore e dal venditore, non che dal notajo e dai testimoni (*Decis. della corte di Brusselles del 22 marzo* 1810 *Sirey*, t. 10, *pag.* 333.)

NOTA. Ciò posto, può addimandarsi, *in qual modo bisognerebbe agire per ottenere il pagamento dei mobili publicamente venduti ai compratori, i quali non ne avessero pagato il prezzo?*

Siccome niuna disposizione della legge si spiega a questo riguardo, così potrebbe conchiudersi che bisogna agire nelle forme ordinarie. Ciò non ostante non può dissimularsi che in tal modo verrebbesi ad esporre un tutore, per esempio, ad aver tante liti, quanti sono gli aggiudicatari, sovente per somme di poco rilievo, le quali sarebbero consumati in ispese. È invalso quindi il sistema di ottenere dal presidente un ordinanza di *exequatur*, dietro la quale si procede alla esecuzione. Questo andamento è senza dubbio ragionevole; ma come nessuno può attribuirsi una competenza non concessagli dalla legge, e come d'altronde la legge non precisa i casi in cui simili ordinanze sono autorizzate, noi non sapremmo affermare che se la parte produca opposizione, possa la ordinanza essere mantenuta: ad ogni modo, siccome diremo sull' art. 625, gli uffiziali pubblici essendo risponsabili del prezzo della vendita, noi crediamo che la ordinanza dovesse interporsi a nome del notajo o del giudice commissario.

CCCCXXXVI. Nelle mani del Sovrano è riposta tutta la forza pubblica; nel suo nome appunto i tribunali applicano la legge nelle loro sentenze; e nello stesso suo nome gli uffiziati ministeriali da lui autorizzati, depositari scelti da una parte di questa forza pubblica, debbono essere chiamati ad esercitarla.

Siffatta base fondamentale di ogni esecuzione forzata trova il suo principio negli art. 14 e 57 della Carta costituzionale, da cui risulta, come una conseguenza necessaria, la disposizione dell'art. 146†239 del Codice di procedura, la quale esige che le sentenze sieno intitolale e terminate in nome del Re, uniformemente all'art. 57 della legge fondamentale (1); disposizione che riceve una novella applicazione nel presente art. 545 (2).

1893. *L'esecuzione di un'atto o di una sentenza di data anteriore alla pubblicazione del Codice civile, può forse aver luogo oggidì, se non è rivestita della formola reale?*

Secondo le disposizioni degli art. 2213†2119 del primo di questi Codici, e 545 del secondo, niun'atto o sentenza può esser messa in esecuzione senza essere rivestita della formola esecutoria; ma fino all'epoca dell'ordinanza del 30 agosto 1815, poco importava che siffatta formola fosse oppur no quella del tempo in cui la spedizione era stata rilasciata. — (*Avviso del Consiglio di stato del 2 frim. anno 13.*)

Era stato del pari deciso con arresti della Corte di cassazione, degli 11 brumajo anno 11, e 18 agosto 1808, che nell'intervallo fra il decreto del 22 settembre 1792 e la legge del 25 ventoso anno 11, potevasi eseguire un' atto senza formola.

Oggi la formola reale è indispensabile sotto pena di nullità, giusta l'art. 1 della enunciata ordinanza. L'art. 5 ha soltanto autorizzato la continuazione delle procedure incominciate in forza di spedizioni munite di formola antica [a].

[2. Le sentenze non possono eseguirsi sull'originale; ma soltanto le ordinanze in seguito di rapporto: il che si verifica anche nel caso di assoluta necessità, come sta detto nell'art. 811 † 894. (*Decis. della Corte di Parigi del 27 giugno* 1810 *Sirey, tom.* 15, *pag.* 11.)

[3. Le sentenze pronunziate nelle provincie settentrionali del regno dei Paesi-Bassi, non sono più rivestite della formola esecotoria prescritta dall'art. 146 del codice di procedura. Pertanto esse pronunziate in dette provincie, dopo la riuniona delle provincie che pur costituiscono il regno, debbono eseguirsi nelle provincie meridionali, dove, relativamente a questo punto, non fu derogato al codice di procedura, quantunque non rivestite della formola esecotoria. — (*Brusselles*, 10 *ottobre* 1822; *Ann. di Laporte*, *anno* 1823, *vol.* 2, *pag.* 186.)

[4. i difetti di rito di ona sentenza non impugnata mediante appello o ricorso per annullamento, non possono proporsi innanzi ad on tribunale di prima istanza, come fondamento della opposizione fatta all' esecuzione in virtù di tale sentenza, se essi non costituiscono una nullità di pieno dritto e di ordine pubblico. — (*Liege*, 11 *decembre* 1824; Ann. di Laporta, anno 1825, vol. 1, pag. 134.)]

(1) Vedi tom. 1, pag. 354 e seg. ed il nostro Trattato delle leggi sulla organizzazione e competenza, pag. 3 e segoenti.

(2) Ciò che la legge è al genere, dice Meyer nella sua opera che ha per titolo *Spirito, origine, e progresso delle istituzioni giudiziarie*, lib. 8, cap. 30, t. 5, pag. 521 a 522, la sentenza l'è alla specie. Il potere legislativo, del pari che il giudiziario, provengon direttamente dalla sovranità; e per conseguenza niente è più giusto che accordare alle sentenze ed agli atti aotentici la stessa forza obbligatoria data alle leggi, con questa differenza che l'effetto della legge è generale, e quello della sentenza o della convenzione non si estende al di là delle parti che vi sono indicate. Sia che la sentenza o l'atto vengano preceduti, intitolati e seguiti della stessa formola che serve alla promulgaziona della legge, com'è formalmente stabilito nei già citati art. 143 e 545, sia che questa formalità fosse sottintesa, sempre in nome del Sovrano debbono essere eseguiti; spetta alla suprema aotorità d' invigilare, e tutt'i funzionari, senza distinzione di ordine e di grado, ed anche tutt' i cittadini, sono obbligati di prestarci mano. Essi, del pari che non hanno la facoltà di ricercare se una legge sia utile, non possono esaminare la validità della convenzione, nè la giustizia della sentenza che loro è presentata.

Il Sovrano ha parlato per organo del magistrato o del funzionario pubblico; l'ubbidienza è il dovere tanto degli altri funzionari, quanto de'sudditi.

[(*a*) Nel regno de' Paesi-Bassi, un decreto reale de' 20 febbrajo 1816, regola il modo da tenersi per eseguire le decisioni, le sentenze, e gli atti rivestiti dall' antica formola esecutoria.

A' termini del detto decreto, le sentenze o le decisioni che vennero pronunziate, non che gli atti stipulati prima dei 21 novembre 1813, per le province settentrionali, prima de' 31 gennaio 1814, per le province meridionali, e prima de'13 dicembre 1815, per i paesi rioniti mediante il trattato di pace dei 20 novembre 1815, e rivestiti dell'an-

1894. *Gli atti notariali e le sentenze sono forse i soli che non possono essere messi in esecuzione se non in forza della formola esecutoria?*

Le decisioni e gli atti amministrativi i quali attestano controvvenzioni o pronunziano condanne che contengono esecuzione *parata*, come gli atti notariali e le sentenze (*vedi l'avviso del Consiglio di Stato; del* 16 *termidoro anno* 12, 29 *ottombre* 1811 *e* 29 *marzo* 1812) ci sembrano, secondo i termini generali dell'art. 545, *niun' atto*, dover essere rivestiti della formola esecutoria.

Nulla di meno se alcuno volesse soffermarsi ad una decisione del ministero della giustizia, riportata dal Sirey, tom. 6, parte 2. pag. 314, e seguita dall' uso, gli uscieri potrebbero mandare ad esecuzione questi medesimi atti, non ostante la mancanza della formola; ma noi osserviamo, che se vi ha potuto essere qualche dubbio sulla opinione contraria da noi adottata, esso è tolto dall'art. 1. dell'ordinanza del 30 agosto, il quale evidentemente comprende nella sua disposizione qualunque siensi gli atti, decisioni o sentenze. Tal'è benanche il sentimento degli autori degli Annali del notariato. (*Vedi il. comen. sul Codice di Proced. tom.* 3, *pag.* 460.)

Noi potremmo indicare un atto soltanto che potrebbe essere eseguito senza formola, cioè, quello che riguarda le coazioni spedite in materia di registro; le quali coazioni se non vi sono soggette, si è perchè sono pronunziate da semplici uffiziali, e non da funzionari pubblici, nel senso legale della parola, non formando d'altronde che atti preliminari di procedura di cui si può sempre arrestare il corso, producendone opposizione avanti ai tribunali.

1895. *Una sentenza notificata al patrocinatore può forse eseguirsi prima di essere notificata alla parte?*

Che nò. — (*Vedi l'art.* 147 *e la nostra quistione* 609.)

1896. *Qual cosa richiedesi pria di eseguire personalmente contro gli eredi un titolo esecutorio contro il loro autore?*

È necessario notificare ad essi siffatto titolo nel termine stabilito dall' art. 877 del Codice civile; ed indipendentemente dalla circostanza che un pignoramento, per esempio, fatto in forza di un titolo non rivestito della formola legale, dev' essere dichiarato nullo, ove siasi fatto contro di eredi a' quali questo stesso titolo non fosse stato notificato ai termini dell'enunciato articolo. (*Rennes*, 5 *luglio* 1818) (1).

1897. *In quali casi può sospendersi l' esecuzione della sentenza e degli atti notariali?*

L' esecuzione di una sentenza contumaciale può sempre essere sospesa mediante la opposizione, allorchè questa è ammissibile. (*Art.* 156 e 165 + 252 e 259.) La esecuzione poi delle sentenze contraddittorie, e di quelle le quali pronunziate in contumacia non sono più soggette ad opposizione, può impedirsi soltanto col mezzo dell'appello, ove non vi fosse la clausola provvisoria. (*Vedi gli art.* 135, 435, 439 + 226, 648 e 650 il. commer.) Finalmente per rispetto agli atti notariali, l' art. 1319 + 1273 del Codice civile, di accordo coll' art. 19 della legge del 25 ventoso anno 4, vuole che in caso di querela *di falso principale*, l' esecuzione sia sospesa appena ammessa l' accusa, limitandosi poi, allorchè trattasi d'*iscrizione per falso incidente*, di autorizzare i tribunali a pronunziare l'esecuzione a norma delle circostanze. Noi per altro crediamo dipendere benanche da' tribunali di pronunziare siffatta sospensione, allorchè l'atto è attaccato per via di frode, di dolo, di simulazione, o, in una parola, di nullità le quali apparissero essere ben fondate. (*Vedi sopra sull' art.* 124.)

Rimane ad osservare che se il giuramento

tica formola di esecuzione, sono rendute esecutorie in nome del re, dal presidente del tribunale del domicilio della parte, contro di cui debbono eseguirsi, appena presentati, senza che possa riguardarsi il merito, ma verificando solamente le date, e senza soggiacere ad alcuna spesa, nè sentire la parte.

Le spedizioni di dette decisioni, sentenze o atti rilasciati in questo regno, dalla soprascritta epoca, possono farsi con la nuova formola esecutoria in nome del re, ed allora si eseguono senza il visto del presidente. — (*Brusselles*, 13 *febb.* 1820 *Giurisprudenza di detta Corte, anno* 1820, *vol.* 2, *pag.* 1.)

(1) Ma i titoli per debiti di effetti mobili, esecutivi contro al marito o alla moglie prima del matrimonio, lo sono di pieno dritto contro la comunione (*Brusselles*, 15 *giugno* 1814; *Sirey*, *tom.* 4, *pag.* 345); ed il cessionario di un titolo esecutorio, per metterlo in esecuzione, non è obbligato a farvisi autorizzare dal giudice. — (*Nimes*, 2 *luglio* 1808; *Sirey*, *tom.* 9, *pag.* 61.)

decisorio può, essere deferito contro ed oltre il contenuto di un atto notarile, siffatta dilazione non sospenderebbe la esecuzione di pieno dritto. (*Vedi le decisioni di Colmar*, 18 *aprile*; *di Grenoble*, 11 *luglio* 1806, *e sopra tutto quello di Torino del* 10 *nevoso anno* 14, *Sirey tom.* 6, *parte* 2, *pag.* 900 *e* 988; 1807, *pag.* 47, *e* 1806 *pag.* 87.)

1898. *Il possess. re di un titolo esecutorio può forse ottenere sentenza di condanna pel pagamento di somme che gli fossero dovute in forza di tale titolo?*

Dicesi per la negativa, che mediante un titolo di siffatta natura, il creditore può agire per via di esecuzione sopra i beni, e che per conseguenza o non fa mestieri che egli ottenga una sentenza di condanna la quale non gli darebbe se non un dritto che di già possiede; donde segue che gli atti giudiziari che farebbe a tal riguardo, sarebbero nello stesso tempo vessatori ed inutili.

Noi rispondiamo che niuna disposizione vieta al creditore l'azione nel presente caso, avendo egli d'altronde un interesse evidente ad intentarla, 1. perchè tale azione soltanto può fargli ottenere gl'interessi, i quali non decorrono se non dal giorno della dimanda giudiziale. Laonde Denisart, alla parola *interessi*, e Pigeau, nella sua procedura civile *del Castelletto*, tom. 1, pag. 43, not. 6, del pari che nel suo novello Trattato, tom. 1, pag. 66, credono che il creditore ha dritto di ottenere sentenza; 2. perchè l'art. 1153 ✝ 1107 del Codice civile lo autorizza formalmente colla generalità delle sue espressioni, le quali non fanno distinzione alcuna per rispetto alla forma dell'obbligazione; 3., perchè oggidì che non vi ha più ipoteca senza formale stipulazione, il creditore non può acquistare questa cautela se non in forza di sentenza.

Che se in tali circostanze l'azione fusse interdetta al creditore, troverebbesi con un titolo esecutorio in una posizione meno favorevole di quella del possessore di una semplice obbligazione privata; il che non può ammettersi. Epperò nel caso soltanto in cui l'atto conferisce al creditore tutt'i vantaggi che potrebbe ottenere da una sentenza, sarebbe permesso a'tribunali di rigettare la dimanda, secondo la massima, l'*interesse è la misura delle azioni*. Nel caso contrario il debitore deve imputare a se stesso la colpa di essersi esposto, non soddisfacendo alle proprie obbligazioni, a soggiacere alle spese che l'azione può cagionare.

Conchiudiamo adunque, che sebbene il creditore in forza di un titolo esecutorio ha il dritto di procedere alla esecuzione dei mobili, o al pegnoramento degl'immobili del suo debitore, non ne siegue perciò che siegli inibito di agire giudiziariamente, onde ottenere una condanna agl'interessi della mora, ed una ipoteca legale (1). Or quando si hanno molti mezzi per agire si può scegliere quello che sembra offrire vantaggi maggiori. — (*Vedi d'Argentrè sull'art.* 122 *della antica costumanza di Bretagna*, *e la nostra introduzione.*)

ART. 546 ✝ 636. *I giudicati di esteri tribunali, e gli atti riuniti da officioli stranieri, non sono esecutivi nel regno che ne' modi e ne' casi previsti dagli art.* 2123 *e* 2124 ✝ 2009 *e* 2014 *del codice civile* (2).

C. C. art. 1123 e 2128 — Ord. del 1629, detta Cod. Michaud, art. 121 — tom. 1, pag. 249 e seg. nota 3 e 4 pag. 254, alla nota 2.

(1) In appoggio di questa osservazione, vedi gli art. 58 e 69 dell'ordinanza di Francesco 1, del mese di agosto 1539, in Neron, tom. 1, pag. 201 e la parafresi di Bourdin, sull'art. 69, *ibidem*.

(2) GIURISPRUDENZA.

1. Allorchè la sentenza fu pronunziata col consenso di tutte le parti, non vi è più luogo a revisione. — (*Parigi*, 14 *luglio* 1809; *Sirey*, *tom.* 12, *pag.* 359.)

2. Vale lo stesso allorchè le sentenze estere non sono che la conseguenza necessaria o la esecuzione di decisioni supreme proffetile in Francia contro di un francese. — (*Cassaz.* 30 *luglio* 1810; *Sirey*, *tom.* 11, *pag.* 91.)

3. In tutti gli altri casi la sentenza pronunziata in paese estero non può in Francia aver la forza di giudicato, prima di rendersi esecutoria. — (*Bollettino officiale di Cassaz. tom.* 11, *pag.* 67.)

NOTA. Così, 1 *tale sentenza non produce la eccezione risultante dall'autorità della cosa giudicata contro la nuova azione che il francese volesse intentare in Francia, ancorchè questo francese fosse stato attore in paese straniero; ancorchè la materia fosse commerciale, ed ancorchè il tribunale straniero avesse proceduto dietro rinvio del ministro di Francia.* (Cassaz. 26 ventoso, anno 12; Sirey, tom. 12, pag. 267.)

2. *La sentenza che nell'estero ammette un negoziante al beneficio della cessione, non è obbligatoria pe' creditori di Francia, ancorchè egli stesso*

CCCCXXXVII. Uno de' principali attributi della sovranità, siccome dicemmo nel comentare il precedente articolo, è di rendere esecutorie le sentenze dei tribunali e gli atti degli altri funzionari stabiliti dalla legge. Se adunque gli uffiziali ministeriali del regno, se i membri della grande famiglia che lo compongono debbono obbedire soltanto al nome del Re, bisogna conchiudere che le sentenze pronunziate dai tribunali stranieri, e gli atti ricevuti dagli uffiziali stranieri, non sono suscettibili di esecuzione in francia, tranne se non fossero stati dichiarati esecutori da un tribunale francese. Siffatto principio, che trovasi implicitamente enunciato in molti articoli del Codice civile, e segnatamente negli art. 2123 e 2128 † 2009 e 2015 è formalmente ritenuto dal presente articolo, ma con una eccezione pei casi in cui nelle leggi politiche, o nei trattati esistessero contrarie disposizioni (1); allora le sentenze o gli atti sarebbero eseguibili di pieno dritto; eccezione, diceva Favard, nel suo rapporto al Corpo legislativo, la quale non è contraria al principio, poichè il Sovrano che vieta la forza esecutoria nei suoi stati per gli atti non emanati dall' autorità dei suoi giudici ed uffiziali, può permetterla; essendovi d' altronde reciprocanza, in caso di permissione.

1899· *In qual modo eseguesi l' obbligazione imposta dall' art. 546 di far dichiarare esecutorie le sentenze pronunziate in paese straniero?*

Ovvero con maggior precisione, *siffatta obbligazione consiste forse soltanto nel rendere una semplice ordinanza di* EXEQUATUR PAREATIS? *O al contrario, il suo adempimento estendesi forse* A RIVEDERE *la sentenza straniera, o in* ALTRI TERMINI, *ad ammettere una novella sentenza?*

Per rispetto agli atti compilati nei paesi stranieri davanti gli uffiziali pubblici, non avvi dubbio ch' essi fanno fede del loro contenuto se sono rivestiti delle forme prescritte nei luoghi dove furono compilati. È questa l'applicazione della massima, *locus regit actum*; ma non possono essere eseguiti forzosamente se non dopo apposta la formola reale, perciocchè non può farsi alcuna esecuzione, siccome abbiam già detto, se non in nome del sovrano ed in virtù di un mandato espresso o tacito (*ved. il coment. sull' art* 545, *pag.* 392, *e Rodier ubi supra, tom.* 5, *pag.* 523); formola, la cui apposizione per altro non basterebbe, secondo l'art. 2128 † 2014 del Codice civile per convalidare una iscrizione ipotecaria presa in forza di contratto. Sembraci che la formola debb' essere apposta da' presidente del tribunale, nella cui giurisdizione il contratto debb' essere eseguito (2)

Non così per rispetto alle sentenze, le quali debbono essere *dichiarate* esecutorie da un tribunale francese. Or noi, dicevamo nella nostra Analisi, quistione 1737, secondo la opinione dei più rispettabili autori, e per analogia di tutto quello che la Corte suprema decise sotto l' impero dell' ordinanza del 1629, volgarmente conosciuto sotto il titolo del Codice Michaud, » Se la sentenza è stata pronunziata nell' estero contro di un suddito del Re » in favore di uno straniero, il primo avrà la » facoltà di *discutere* novellamente davanti il » tribunale francese, l' azione istituita dallo » straniero, e lo potrà benanche allorchè egli

sia francese di origine. — (Brusselles, 8 maggio 1810; Sirey. tom. 7, parte 2, pag. 973.)

3. *Quella che accordi sospensione di pagamenti ad una casa di commercio, non impedisce di procedere in Francia a' sequestri presso terzi in pregiudizio di questa cosa.* — (Bordò, 5 feb. 1813; Sirey, tom. 15, pag. 111.)

4 *La sentenza profferita sullo quistione se le mercanzie confiscate come di buona presa, appartengano ad un francese o ad un estero, non impedisce che queste mercanzie possan essere rivendicate in Francia.* — Cassaz. 19 ottobre 1809; Sirey, tom. 10, pag. 113.)

(1) Tal' è il trattato stipulato tra la Francia e la Svizzera al 4 vendemmiale dell' anno 12, riportato nel Bollettino delle leggi, n. 2361. L' art. 24 richiede soltanto che le sentenze sieno *legalizzate.* — (*Vedi le osservazioni fatte su questa trattato da Toullier, tom.* 10, *pag.* 26, *n.* 89)

(2) Se qualunque atto di esecuzione fatto in Francia da un straniero, in virtù di un atto stipulato fuori della Francia e non reso esecutorio da un tribunale francese, non produce alcun effetto (*Roano* 11 *gennaio* 1817; *Sirey*, tom. 17, *pag.* 89); non è lo stesso relativamente ai medesimi atti fatti in paese straniero in virtù di sentenza resa da un tribunale francese, o di un titolo stipulato in Francia, come appunto fu giudicato dalla corte di cassazione con decisione del 14 febbraio 1810, citata da Delvincourt nelle pag. 301 e 302, tom. 1, dichiarando che un sequestro presso terzo fatto nell' estero avea potuto impedire la compensazione in Francia.

» stesso ha intentata siffatta azione, o pure allorchè fosse stato condannato su di una dimanda riconvenzionale del suo avversario ».
Al contrario, lo straniero contro del quale vuolsi eseguire, in Francia, una sentenza pronunziata in paese straniero, non può dimandare la revisione, nè opporsi a tutto quello che il tribunal francese pronunzia con un semplice *parealis*, val dire con una semplice ordinanza di esecuzione.

E non ostante una decisione della Corte di Parigi, del 27 agosto 1816 (*Sirey*, *tom* 16, *pag*. 369), la quale giudicò il contrario, ritenendo esservi luogo a revisione sì nel secondo caso come nel primo, noi avevamo persistito nella nostra opinione, n. 2693 del nostro trattato e quistione; ma la detta decisione della Corte di Parigi essendo stata dopo matura deliberazione confermata dalla Corte suprema, ai 19 aprile 1819, debbesi riguardare la giurisprudenza come irrevocabilmente fissata, e per conseguenza ammettersi che tutte le sentenze pronunziate in paese straniero, senza eccezione (1), non possono avere esecuzione in Francia se non dopo essere state rese esecutorie, dietro conoscenza di causa, da un tribunale francese, davanti al quale bisogna novellamente dedurre e discutere le ragioni sulle quali l'azione è fondata: tal chè può veramente dirsi che questo tribunale adempie in un certo modo le funzioni di un giudice d'appello (2) (*).

1900. *Allorchè trattasi di una sentenza arbitramentale, il francese condannato ha forse il dritto di far discutere la materia decisa, come lo può allorchè trattasi di far dichiarare una sentenza esecutoria?*

La Corte di Parigi, con decisione del 16, dicembre 1809 (*ved. Denevers*, 1810, *suppl. pag.* 35), sostenne che una tal sentenza, appartenente al dritto delle genti, essendo la conseguenza ed il risultamento di una convenzione primitiva e libera delle parti, poteva eseguirsi in Francia, purchè però fosse *soltanto* dichiarata esecutoria da un tribunale francese.

1901. *I tribunali francesi possono forse dichiarare esecutivo un'atto fatto in francia da uno straniero il quale ha conservato il suo domicilio negli stati del principe di cui è suddito?*

Ogni atto fatto in francia da uno straniero è regolato dalla legge francese, secondo la massima *locus regit actum*: laonde non avvi ragione per dichiarare esecutivo un'atto fatto nel regno da uno straniero, come sarebbe di mestieri se questo atto fosse compilato fuori di francia; ma se l'atto in parola avesse bisogno, secondo la legge di francia, di essere reso esecutivo, anche quando fosse fatto da un francese, come sarebbe un testamento olografo, il tribunale francese non potrebbe dichiararlo tale allorchè partisse da uno straniero, perciocchè la successione del testatore essendosi aperta nel luogo del suo domicilio, fuori della francia, il suo testamento non potrebbe essere regolato, per rispetto alla sua esecuzione, che colle leggi del suo paese; or

(1) Questa giurisprudenza si ravvicina, senz'esser perfettamente conforme, alla dottrina che professa il dotto autore del Trattato delle istituzioni giudiziarie, Meyer: « Vi è più di un paese, egli » dice, nel quale le sentenze pronunziate nell'estero non sono obbligatorie che verso i soli stranieri, ed in cui i cittadini possono di nuovo discutere i loro dritti innanzi a' giudici del loro » paese, non ostante la sentenza ottenuta. Questa » gelosia malintesa di potere è al di sotto dello » stato attuale dell' incivilimento europeo, e sarebbe un oggetto degno di un congresso generale il fissare invariabilmente le regole della competenza tra i diversi paesi, del pari che assicurare da per tutto l'effetto di una sentenza legalmente e competentemente pronunziata. Ma » siffatta misura non impedirebbe la necessità di » un ordinanza di esecuzione, o di unire in un » modo qualunque alla sentenza estera il mandato » che fa di mestieri farla divenire esecutoria. »

Egli è chiaro che la nostra attuale giurisprudenza differisce dalla opinione dello stimabile pubblicista, la quale non ammetterebbe una nuova discussione, ma che non meno si allontana dall' antica, non facendo alcuna distinzione a questo riguardo tra la sentenza ottenuta fuori di Francia da un estero contro al francese, ovvero dal francese contro all' estero.

(2) Vedi, per gli sviluppamenti dati a questa soluzione da Toullier, il tom. 10 dell' opera sua, pag. 73—82, e rifletti ch'egli ammette come aventi forza probatoria in Francia tutti gli atti d'istruzione, del pari che tutti gli atti estragiudiziali regolati secondo le leggi del paese. Questa è pure la nostra opinione, tranne però le sentenze per le quali la legge stabilisce una eccezione. Si dee di fatti applicare in tutta la sua estensione la massima *locus regit actum*, a meno che però l'atto non avesse un oggetto o non contenesse una clausola che le nostre leggi vietassero di una maniera formale.

(*) Vedi l'Appendice in fine del presente titolo in cui distesamente parliamo del modo di eseguire i giudicati presso l'estero.

i tribunali francesi in niun modo possono immischiarsi nelle operazioni di una successione aperta in paese straniero, e per conseguenza, nella esecuzione di un testamento fatto in francia da uno straniero il quale non vi abbia acquistato il domicilio — (*Parigi*, 22 *luglio* 1815, *Sirey*, *tom.* 16, *pag*. 298.)

[DEROGAZIONE ALL' ARTICOLO 546

Decreto del 9 *settembre* 1814]

[ART. 1. Le decisioni o sentenze pronunziate in francia, ed i contratti ivi stipulati, non avranno alcuna esecuzione nel Belgio.

ART. 2. I contratti avranno forza di semplice promessa.

ART. 3. Non ostante tali sentenze, gli abitanti del Belgio potranno novellamente discutere i loro diritti innanzi i tribunali che vi sono stabiliti, sia dimandando sia difendendosi [a].

[Art. 121 dell' Ordinanza francese sulla procedura del 1669].

[CCCCXXXVII *bis*. La derogazione introdotta da questo decreto all' art. 546, non è relativa che alla Francia; per tutti gli altri paesi stranieri la disposizione di quest' articolo è rimasta intatta.

A norma della disposizione di quest' articolo combinata cogli articoli 2123 e 2128 del Codice civile, esaminando le sentenze straniere, per renderle esecutorie nel Regno, i giudici nazionali vi fanno dritto con una novella sentenza, ma *dichiarano soltanto esecutoria* quella pronunziata da giudici stranieri, uniformemente all' art. 546, il quale non le rende *suscettibili di esecuzione*, se non quando sono state *dichiarate esecutorie* da un tribunale del Regno.

Ma è ben diverso, secondo il decreto del 9 settembre 1814, per le sentenze o decisioni pronunziate in Francia: queste non possono avere *alcuna esecuzione* nel Belgio, ed il giudice non può dunque dichiararle esecutorie, o in altri termini, ordinare che fossero eseguite: epperò fa d'uopo pronunziarvi con novella decisione, su di una novella azione, ad onta delle sentenze o decisioni francesi.

Del pari gli atti stipulati in Francia, non possono giammai produrre l' ipoteca nel Belgio, ma si considerano come scritture private.

Siffatta dottrina è stata consacrata da un arresto della Corte di cassazione di Brusselles, del 25 luglio 1821 (*Giurisprud. di questa Corte, anno* 1821, *vol*. 1. *pag*. 17.)

Le disposizioni del decreto del 9 novembre 1814, non si estendono d' altronde, secondo l' altro decreto del 29 novembre dello stesso anno, se non agli atti, sentenze e decisioni pronunziate, dopo la separazione del territorio. (*Ved. per la fissazione di quest' epoca la nota* [a] *sulla quistione* 1893)]

ART. 547 + 637. *I giudicati dei tribunali del regno e gli atti nel medesimo celebrati, sono esecutivi in tutto il regno, senz' alcun altra segnatura ed ordine, quantunque l' esecuzione abbia luogo fuori del circondario giurisdizionale del tribunale che ha sentenziato, o fuori del territorio in cui gli atti furono celebrati.*

Ordin. del 1667, tit. 27, art. 6. Legge del 29 settembre 1791, tit. 2. sez. 2. art. 15, e del 25 vent. anno II, art. 19 e 28.

CCCCXXXVIII. Secondo l' art. 6 del tit. 27 dell' ordinanza del 1667, le decisioni delle Corti supreme, ed a maggior ragione, le sentenze dei tribunali inferiori, non potevano eseguirsi in tutto il regno se non con un *pareatis* del grande suggello, ed in sua mancanza, con un *pareatis* nella cancelleria del Parlamento nella cui giurisdizione dovea eseguirsi, ovvero col permesso del giudice locale. Era questo un abuso, un grave inconveniente, il quale non portava vantaggio alcuno; ma la gelosia delle Corti Supreme dava forza a siffatto abuso; e malgrado la *disposizione* formale dell' ordinanza, la stessa esecuzione dei decreti in materia criminale era spesso impedita, ritardata, e qualche volta rifiutata.

Nell' ordine attuale delle cose, siffatta gelosia di poteri e di giurisdizione è affatto distrutta; tutte le particolari pretensioni tacciono davanti la volontà dell' unico e sovrano depositario della forza pubblica, e secondo l' art. 547, tutte le sentenze pronunziate e tutti gli atti stipulati in Francia, sono eseguibili in tutto il regno senza la formola *visa*, nè *pareatis* (*Esposizione dei motivi*.) La società trovasi in tal mo-

[a] Vedi in Toullier, tom. 10, pag. 77 il commentario all' art. 121 dell' ordinanza del 1669; il quale è applicabile a queste disposizioni.

do sbarazzata dalla lentezza e dagli ostacoli i quali ristagnavano, con mera perdita di tempo, il procedimento delle cause, nel momento in cui toccavano il loro termine.

1902. *Basta forse perchè possa eseguirsi un atto notarile che sia rivestito della formola esecutoria?*

Allorchè l' esecuzione deve aver luogo fuori del distretto in cui ha la sua residenza il notaio che ha rilasciata la copia di prima edizione di quest' atto, bisogna in questo caso che sia legalizzata dal tribunale della provincia nel quale questo notaio risiede. Tal'era la disposizione della legge del 29 settembre 1791, tit. 2, sez. 2, art. 15. Tal' è benanche quella dell' art. 28 della legge del 25 ventoso anno 11, applicata dalla Corte di Colmar, con decisione del 26 marzo 1808 (*Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 44), dichiarando nulla una sentenza la quale aveva ordinata la esecuzione di un contratto che non era stato legalizzato (1).

Nulladimeno, con arresto del 10 luglio 1807, la Corte di cassazione decise il contrario, per la ragione che la formalità della legalizzazione non è richiesta *sotto pena di nullità*. (*Sirey tom.* 18, *pag.* 384.) Toullier, tom. 8, pag. 69, numero 59, avvisa del pari che la mancanza della legalizzazione non deve affatto produrre la nullità dell' esecuzione, e noi ci uniformiamo tanto più volentieri a siffatta opinione, in quantochè con decisione de' 22 ottobre 1812, riportata nel Bollettino uffiziale della Corte di cassazione, 1812, pag. 449, questa Corte decise, in tesi generale, che la legalizzazione di un atto non è *costitutiva della sua autenticità*, ma ne forma soltanto la *pruova*.

1903. *Ma se l' esecuzione non è nulla, deve almeno il tribunale sospenderla fino a che non sia adempita la formalità della legalizzazione?*

È giusto l' avviso pronunziato saggiamente da Toullier. » Il tribunale, egli dice, dovrebbe » sospendere ed ordinare, pria di far dritto e » rimanendo tutte le cose nello stato in cui si » trovano, che il sequestrante presenti un » atto legalizzato, in mancanza del quale il » sequestro sarebbe rigettato ». Nè noi vediamo che la citata decisione opponga si all' ammissione di questo sistema, perciochè, nella specie, la parte aveva soltanto conchiuso per la nullità, senza dimandar sussidiariamente la sospensione delle procedure; ma bisogna fare una distinzione fra il caso in cui la parte la quale dimanda il sequestro avesse figurato nell' atto, senza impugnarne la realità, nè la sincerità, e quello in cui trattasi di eseguire contro un terzo, come per esempio, nella specie dell' art. 2158 † 2052 del cod. civ. Nel primo caso, noi pensiamo che non sarebbe giusto di accordare la sospensione ad una persona la quale non può ragionevolmente impugnare la firma del notajo; nel secondo al contrario il terzo, il quale non è obbligato di riconoscerla, deve ottenere la sospensione fino a che siagli *certificato*, mercè la legalizzazione, che l'atto è veramente l' opera d' un notajo competente; diversamente la disposizione dell' art. 28 della legge del 25 ventoso diverrebbe assolutamente inutile.

1904. *Sarebbevi forse nullità dell' esecuzione fatta sopra una copia di prima edizione non rivestita del suggello del notajo, siccome è prescritto dall' art. 24 della legge del 25 ventoso?*

Che no; perciochè siffatto articolo non pronunzia alcuna pena contro l' omissione di questa formalità. — (*Ved. Toullier ubi supra*).

ART. 548 † 638. *I giudicati che ordinano rimozione di sequestro, cancellazione ipotecaria, pagamento o qualunque altra cosa da farsi da un terzo o in di lui pregiudizio, non sono eseguibili dal terzo o contro ol terzo, spirati eziandio i termini di opposizione o di appello, se non se sopra un certificato della parte istante contenente la data dell' intimazione del giudicato fatto al domicilio della parte condannata, e sopra attestato del cancelliere che assicuri di non esistere contro al giudicato nè opposizione nè appello.*

Tit. 90. — Ordin. del 1667, tit. 35, art. 5. — C. di p. art. 163, 164, 550.

ART. 549 † 639. *A tal effetto il patrocinatore dell' appellante dee far menzione dell' appello nel registro e ne' modi prescritti dall' art. 163 † 257.*

C. di p. art. 90 e 163.

ART. 550 † 640. *Dietro il certificato che attesta di non trovarsi sul detto registro, nè opposizione, nè appello, i sequestratari, conser-*

(1) Bisogna osservare che questa decisione fu pronunziata in una specie in cui la parte che si prevaleva di questa mancanza di legalizzazione, era ella stessa intervenuta nell' atto notariale, e non impugnava nè la realtà, nè la verità dell' obbligazione.

cato: i o a'tri depositari sono tenuti ad adempiere le disposizioni portate dalla sentenza (1).

Supra, art. 548.

La legge presenta qui una felice innovazione, collo stabilire il registro che si tiene nella cancelleria di ciascun tribunale per la iscrizione delle opposizioni e degli appelli. Essa offre a' terzi che debbono eseguire sentenze un mezzo regolare e legale di riconoscere se possono con sicurezza effettuare tale esecuzione.

Anticamente, ed allorchè i termini per lo appello e per le opposizioni erano così vagamente prolungate, un procuratore, ed in seguito un patrocinatore non avendo a tal riguardo alcun carattere legale, procedeva nondimeno alla esecuzione con un certificato il quale assicurava che *non era giunta a sua conoscenza alcuna opposizione o alcuno appello*. Siffatto certificato poteva essere rilasciato per errore; poteva esserlo per mala fede: ed in tutti i casi, lasciava spesso una grave inquietudine nell' animo del terzo obbligato ad eseguire la sentenza.

Nel nostro Codice attuale, questa parte dell' esecuzione, organizzata con semplicità, offre al terzo, del pari che al patrocinatore, una garentia contro l' errore o la mala fede. Noi abbiam visto, tom. 1, pag. 414, che l'art. 163 ordina che sia tenuto in cancelleria un registro sul quale il patrocinatore dell' opponente fa una sommaria menzione dell' opposizione; e secondo l' art. 164, non può eseguirsi alcuna sentenza contumaciale per rispetto ad un terzo, se non dietro il certificato del cancelliere il quale attesta di non esservi alcuna opposizione portata sul registro. Questa teoria, secondo l'art. 548, va benanche applicata all' appello. Verificando l' ordinario registro d'iscrizione, ciascuno può osservarvi se la sentenza che vuolsi eseguire o fare eseguire sia stata o pur no impugnata. Nè potrà più esservi incertezza sopra un punto di fatto la cui conoscenza poteva anticamente involarsi al terzo per opera dell' uffiziale ministeriale.

1905 *Qual cosa intendesi per terzo, secondo l' art. 548?*

Sotto tal parola van comprese tutte le persone che sono interessate nel giudizio sul quale la sentenza fosse stata pronunziata, e che intanto per rispetto alle loro qualità o alle loro funzioni, hanno il diritto di concorrere alla sua esecuzione.

1906 *È forse necessario, nel caso dell' art. 548, di attendere il decorrimento del termine dell' appello per eseguire una sentenza contraddittoria non ancora passata in forza di cosa giudicata?*

L' art. 548 dichiara che le sentenze le quali pronunziano un dissequestro, una cancellazione d' iscrizione ipotecaria, un pagamento o qualche *altra cosa a farsi da un terzo* o dal suo mandatario, non sono eseguibili da terzi o contro di essi, *anche dopo i termini dell' opposizione* o dell' appello, se non dietro certificato del patrocinatore della parte istante, contenente la data della notificazione della sentenza fatta al domicilio della parte condannata, e sull' attestato del Cancelliere il quale assicura non esistere contro la sentenza nè opposizione nè appello.

Su queste parole appunto, *anche dopo i termini dell' opposizione o dell' appello*, si è elevata la quistione che ci facciamo ad esaminare e sulla cui soluzione i giureconsulti si sono scissi in diverse opinioni.

Secondo gli autori del Pratico, tom. 4 pag. 76, sembrerebbe che la sentenza, per essere eseguibile riguardo ad un terzo, avesse dovuto ottenere l' autorità della cosa giudicata contro la parte; che sarebbe questa una necessaria conseguenza del motivo per cui la legge esige un certificato rilasciato dal patrocinatore.

Trovasi nella Biblioteca del foro, parte 1, tom. 3, pag. 29, la medesima quistione trattata da Mailher, e questo giureconsulto la risolve come gli autori del Pratico.

Finalmente Hautefeuille, pag. 314, sostiene che fino a quando i termini per opporsi ad una sentenza non sono ancora spirati, il terzo non può esser costretto all' esecuzione, perciocchè essa rimane sospesa, o piuttosto perchè la sentenza non è ancora eseguibile; talchè la esecuzione diviene forzosa soltanto dopo

(1) GIURISPRUDENZA.

Le sentenze che ordinano il rimborso di un deposito giudiziario, debbono pronunziarsi colle parti che possono esservi interessate: quelle che fossero state profferite sopra una semplice istanza, non obbligano gli officiali della cassa di ammortizzazione ad eseguirle, e bisogna d' altronde che tutte le formalità prescritte dall' art. 548 siano osservate — (*Circolare del ministro della giustizia del 1 settembre 1812*).

il decorrimento de' termini e sulla notificazione de' due atti di cui parla l' art.548. Senza di tutto questo, aggiunge l'autore, tutto ciò che il terzo avesse fatto sarebbe colpito di nullità, se la sentenza da lui prematuramente eseguita venisse ad essere nel diffinitivo rivocata.

Pigeau, tom. 2, pag. 400, Demiau Crouzilhac, pag. 337, e Coffinieres (*ved. giuris. dei patrocinat. tom.* 3, *pag.* 253), credono al contrario che siffatte parole, *anche dopo i termini dell' opposizione o dell' appello*. dimostrano che le sentenze sono esecutorie anche prima di spirare i termini dell' opposizione o dell' appello. Noi non ripeteremo le altre ragioni sulle quali Pigeau e Coffinieres stabiliscono la loro opinione; ma quello che ci determina ad adottarla si è, che la medesima è uniforme alla disposizione dell' art. 5, del titolo 27 dell' ordinanza, e che Pigeau, uno dei compilatori del codice di procedura, attesta che nel senso appunto di questo articolo si è inteso compilare l' art. 458.

Nulladimeno non dobbiamo dissimulare che esiste una decisione della corte di Parigi, del 14 maggio 1808, contraria all' opinione di Pigeau (*ved. Sirey, tom.* 8, *suppl. pag.* 227); ma anche Coffinières, nella giurisprudenza delle Corti inappellabili, alla parola *rapporto*, ne riferisce una della Corte di Torino, del 16 luglio 1809, che sembra aver pronunziato in altro senso. — (*Ved. il Giornale dei patrocinatori, ubi supra, pag.* 25).

1907. *Un conservatore d' ipoteche può ricusarsi a cancellare l' iscrizione, sotto pretesto che la sentenza fosse stata notificata al domicilio eletto e non al domicilio reale?*

Con due decisioni del 21 giugno e 5 luglio 1808, i ministri delle finanze e della giustizia avevano risoluto siffatta quistione per la affermativa, ma la giurisprudenza della Corte di Parigi era contraria. (*V. le decisioni del* 26 *agosto* 1808 *e* 17 *luglio* 1813, *Sirey*, 1809, *pag.* 18, *e* 1814, *pag.* 107.) Oggidì ogni incertezza è dileguata per effetto della decisione della Corte di cassazione del 29 agosto 1815, (*ved. la stessa raccolta*, 1815, *pag.* 330) la quale ritiene che la parola *domicilio*, di cui fa uso l' art. 548, devesi intendere del *domicilio reale*.

1908. *Dovrà forse il patrocinatore dell' appellante presso la Corte reale far menzione dell' appello, e su quale registro debb' esser fatta?*

Molti scrittori han trovato difficile la soluzione di questa quistione. Se, dicono essi, spettasse al patrocinatore che ha agito in prima istanza far la menzione sul registro del suo tribunale, l' articolo non sarebbe suscettibile di esecuzione per le sentenze pronunziate in contumacia di parte; se spettasse al patrocinatore costituito in appello far la menzione sul registro della Corte, il cancelliere di prim' istanza, il quale deve rilasciare il certificato, non avrà conoscenza dell' appello; e se, per evitare siffatto inconveniente, si obbligasse il patrocinatore della Corte a far menzione sul registro del tribunale di prima istanza, incorresi nell' altro inconveniente nascente dalla distanza.

Noi crediamo che tale difficoltà svanisca dietro le seguenti considerazioni: 1. trattasi di esecuzione; ora i patrocinatori i quali hanno agito in prim' istanza, secondo l' art. 1038, + 1115, sono obbligati ad agire benanche per la esecuzione che ha luogo nel corso dell' anno: adunque è presumibile che la legge ha inteso designare il patrocinatore di prim' istanza; 2. spettando al cancelliere di prim' istanza rilasciare il certificato (*art.* 163 *e* 648 + 257 *e T.*) devesi sul suo registro far menzione dell' appello, come si avvisa Thomines, pag. 217; e siccome la legge esige che lo stesso patrocinatore faccia questa menzione, circostanza la quale obbligherebbe il patrocinatore costituito in appello a trasferirsi altrove per adempire tale formalità contro il voto della legge, così è necessario convenire che il patrocinatore di prim' istanza debb' eseguirla. Del rimanente, allorchè l' esecuzione ha luogo in forza del termine fissato dall' art. 1028, + 1104, o quando la sentenza è contumaciale, spetta alla parte che produce appello incaricare un patrocinatore di prim' istanza di eseguire la detta menzione, diversamente dovrebbe a se stessa imputare la sua negligenza, e non potrebbe dolersi dell' esecuzione della sentenza, secondo la massima *qui damnum sua culpa sentit, sentire non intelligitur*. — (*Ved. Delaporte; t.* 2 *pag.* 139. *Com. degli Annali del notariato, t.* 3, *pag.* 509.)

1909. *Le persone indicate nell' art.* 550 *possono forse, prima di eseguire la sentenza, esigere che fosse ad esse presentato non solo il certificato del cancelliere, ma bensì quello del patrocinatore, che comprova, siccome è richie-*

sto dall'art. 548, *che la sentenza sia stata notificata alla parte condannata?*

Sembra risultare dal testo dell' art. 550 di essere sufficiente la presentazione del certificato del cancelliere alle persone in quest' articolo indicate, onde le medesime fossero tenute di eseguire la sentenza, ma decidendo in tal modo si va al certo incontro ad una specie di contraddizione fra gli art. 548 e 550 + 638 e 640. Per togliere ogni difficoltà a tal riguardo, Lepage nelle sue quistioni, pag. 337, è di avviso che il cancelliere non debba rilasciare il suo certificato senz' aver fra le mani quello del patrocinatore, che lo assicura di esser stata la sentenza notificata al domicilio. È questo di fatto il solo mezzo che presentasi per procurare simultaneamente l'esecuzione dei due art. 548 e 550.

Art. 551 + 641. *Non può procedersi ad alcun sequestro o pegnoramento di cose mobili o di stabili, che in virtù di un atto avente esecuzione parata, e per cose liquide e certe. Se il debito esigibile non è di una somma di danaro, fatto il sequestro, si sospende ogni ulteriore procedura, finchè non ne sia fatta la valutazione* (1).

CCCCXL. Questo articolo ricorda il principio stabilito nell' ordinanza del 1667, e consacrato dal Codice civile, art. 2213 + 2119, che non può procedersi ad alcun pegnoramento di mobili o d' immobili, se non in forza di un titolo esecutivo, e per somme liquide e certe. Ma era giusto di ordinare, che se il debito esigibile non fosse di danaro contante, rimarrebbe sospeso dopo il pegnoramento ogni altro atto ulteriore, finchè non se ne fosse fatta la valutazione.

Siffatta disposizione era necessaria, 1 per l' esecuzione dell' art. 622 + 713 il quale, nel caso in cui il valore degli effetti mobiliari sequestrati ecceda l' ammontare delle cause del sequestro e delle opposizioni, vuole che si proceda soltanto alla vendita degli oggetti sufficienti a somministrare la somma necessaria per lo pagamento dei crediti e spese; 2. onde la legge di procedura fosse in armonia coll'art. 2213 del Codice civile, in quanto che dichiara, siccome dicemmo, che se il debito è per cose non liquide, l' aggiudicazione di un' immobile pegnorato non possa farsi se non dopo la liquidazione (2); 3. finalmente per l' esecuzione dell' art. 2212 + 2118 dello stesso Codice, il quale dà la facoltà al giudice di sospendere il proseguimento degli atti di espropriazione, allorchè il debitore giustifica con atti autentici che la rendita netta e libera dei suoi immobili pel corso di un' anno, basta pel pagamento del debito, offrendone la delegazione al creditore.

1910. *Il sequestro presso terzo può forse aver luogo soltanto in forza di titolo esecutivo?*

È sufficiente anche un titolo privato. (*Ved. qui appresso, art.* 557.)

1911. *Una sentenza la quale non pronuncia affatto condanna principale suscettibile di liquidazione, ma che condanna una parte alle spese della spedizione, può forse servir di titolo per procedere ad un sequestro per lo pagamento di queste spese?*

Dicesi, per l'affermativa, che quando una sentenza, per rispetto alla parte principale, contiene una condanna al pagamento di una somma liquida, procedesi nello stesso tempo ad un pignoramento per le spese della spedizione e della notificazione, come per la sorte principale: or quando avvi soltanto condanna di spese, perchè vietare siffatto pignoramento?

Noi rispondiamo che l' art. 551 vuole che la somma sia liquida, e che non è tale per effetto della sola nota specifica firmata dal cancelliere; che in conseguenza bisogna ottenere l' esecutorio dal giudice contro questa parte, allorchè la sentenza non contiene condanne principali liquide.

(1) GIURISPRUDENZA.

1. Una sentenza resa su di arbitramento volontario non può, senza contravvenirsi all' art. 551, esser messa in esecuzione, e servire di fondamento ad un sequestro quando siasi resa esecutoria da un tribunal di commercio e non da un tribunale civile. — (*Rennes*, 23 *dicembre* 1809. *Vedi qui appresso quel che diremo sugli art.* 1020 e 1021).

2. L' esecuzione per le spese è per se stesso un titolo suscettibile di esecuzione. La notifica con precetto può esser fatta senza che sia necessario inserire in tale notifica la copia della sentenza o della decisione, in seguito di cui l' esecutorio è stato ordinato. — (*Cassaz.* 27 *dicembre* 1820; *Sirey*, *tom.* 21, *pag.* 141).

3. Allorchè il debito pel quale si procede ad un pegnoramento immobiliare siesi valutato in danaro prima dell'aggiudicazione preparatoria, il pegnorato non può querelarsene. — (*Bordò* 8 *febbraio* 1817; *Sirey*, *tom.* 17, *pag.* 201).

(2) Vedi appresso la quistione 1913.

1912. *Un proprietario possessore di un titolo autentico di affitto, ed il quale pegnora un'immobile ipotecato per sicurezza dell'estaglio, deve ottenere sentenza la quale specifica e determini l'ammontare degli estagli dovuti?*

Noi nol crediamo, per la ragione che il titolo contenendo l'annuo estaglio, trovasi il credito liquido e certo in seguito di tale valutazione.

1913. *Avvi forse controddizione fra l'art. 551 † 641 del Codice di procedura e l'art. 2213 † 2119 del Codice civile?*

L'art. 2213 del Codice civile contiene relativamente alla vendita forzata degli immobili, una disposizione simile a quella dell'art. 551 del Codice di procedura, tranne la sola differenza che il primo dichiara che se il debito è per somme non liquide, la procedura è valida, ma l'aggiudicazione non può aver effetto se non dopo la liquidazione. Or, dice Delaporte, tom. 2, pag. 14, avvi in ciò contradizione fra il Codice civile ed il Codice di procedura, poichè quest'ultimo vuole che *anche dopo il sequestro* sieno sospese tutte le procedure. In effetti l'art. 1213 sembra supporre che tutte le procedure della espropriazione forzata sieno valide non solamente allorchè fossero state fatte prima del pignoramento inclusivamente, ma anche dopo e fino all'aggiudicazione. Per conciliare queste due disposizioni, l'autore crede che quella del Codice di procedura applicasi soltanto all'esecuzione del pignoramento di mobili, dappoichè la procedura non richiede molto tempo, ma per rispetto al pignoramento degli immobili, attesochè lo stesso richiede termini più lunghi, possonsi fare tutti gli atti di procedura fino all'aggiudicazione.

Noi però non crediamo, come Delaporte, esistere fra questi due articoli una tale contradizione che faccia restringere al sequestro mobiliare l'applicazione dell'art. 551. In effetti l'art. 2213 è applicabile alla vendita degli immobili; per vendere, è necessario sequestrare; or se il debito è certo e liquido, non vi ha alcun dubbio, si sequestra e si vende; se non è liquido, resta valido il pignoramento; ma secondo l'art. 551 dopo il pignoramento dovrà sospendersi qualunque atto ulteriore di procedura. Queste parole dell'art. 2213, *la procedura è valida*, non s'intendono dunque che della procedura fino al pignoramento inclusivamente; epperò l'art. 551 spiega e limita l'art. 2213, senza essere assolutamente in opposizione con lo stesso, e per queste ragioni crediamo che la regola da esso stabilita debb'essere applicata, secondo il suo testo, tanto al pignoramento degl'immobili che a quello dei mobili (*). (*Ved. rap. del trib. Favord, ediz. di F. Didot, pag. 237, ed il com. dell'art.*)

ART. 552 † 642. *Se una sentenza porta condanna ad un arresto personale per un oggetto suscettibile di liquidazione, l'arresto non si esegue se non dopo la liquidazione per cui sia determinata la somma del debito in danaro.*

C. di P., art. 126, 780, 798—C.C. art. 2059.

CCCCXLI. L'art. 798† 881 dà al debitore, soggetto ad essere astretto coll'arresto personale, il mezzo di non essere imprigionato, ovvero di ottenere la sua escarcerazione nel momento stesso in cui è imprigionato, offrendo il pagamento della somma che forma l'oggetto dell'arresto. Or non potrebbesi far uso di questa facoltà, se la liquidazione non fissasse il giusto ammontare del suo debito. Tali sono le ragioni e l'oggetto dell'art. 552.

ART. 553 † 643. *Le contestazioni che potrebbero promuoversi sulla esecuzione delle sentenze de' tribunali di commercio, sono portate innanzi al tribunale di prima istanza del luogo, in cui si procede alla esecuzione* (1).

C. di P., art. 442, 803, 472.

(*) Comunque abbia cercato il nostro A. di ravvicinare gli art. 551 del codice di procedura e 2213 del codice civile corrispondenti agli articoli delle nostre leggi 641 e 2119, pure a noi sembra non aver potuto affatto dileguare la contraddizione esistende fra i detti articoli. Ed in vero cotesta contraddizione salta a prima giunta agli occhi di chiunque, il meno usato nell'approfondire le materie di dritto; imperciocchè nell'articolo di procedura stà detto: *verrà sospesa dopo il sequestro ogni procedura ulteriore*; e nell'articolo del codice trovasi scritto: il procedimento è valido, *ma non si può devenire all'aggiudicazione se non dopo fatta la liquidazione.*

(1) GIURISPRUDENZA.

La eccezione alla regola proposta dall'art. 553, consiste nel perchè il codice di commercio attribuisce al tribunale di commercio cogli art. 149 e seg. † 148 e seg. la conoscenza della esecuzione della sentenza, colla quale esso tribunale dichiara, in

CCCCXLII. Noi abbiam visto, coll'art. 442, che i tribunali di commercio non conoscono affatto delle loro sentenze. L'art. 553 forma il compimento di siffatta disposizione, attribuendo giurisdizione a tal riguardo al tribunale civile del luogo in cui si procede per la esecuzione; ed è questa una delle eccezioni fatte alla facoltà concessa dall' art. 471 † 535 alle Corti di appello, cioè, in caso di conferma di una sentenza, d'indicare il tribunale al quale apparterrà l'esecuzione della sua decisione, laddove non abbia a se riserbata la esecuzione.

1914. *Elevandosi contestazioni sull' esecuzione di atti amministrativi, vi ha forse luogo a seguire la regola di competenza stabilita per quelle dei tribunali di commercio coll' art. 553?*

È principio incontrastabile che se i tribunali sono incompetenti per giudicare sul senso e sull' effetto degli atti amministrativi, entra nulladimeno nelle loro attribuzioni il conoscere di tutte le contestazioni alle quali l' esecuzione di questi medesimi atti può dar luogo, sia che si tratti di decreti, d'ordinanze, di decisioni del consiglio di prefettura, sia che si tratti di antiche decisioni del consiglio, pronunziate in fatto di proprietà. Laonde fu deciso con diversi decreti che i consigli di prefettura non potendo conoscere dell' esecuzione delle loro decisioni, non avevano il dritto di delegare a tal nopo altre autorità che non avessero la qualità di giudici. Vi è dunque evidentemente luogo ad applicare l' art. 553, allorchè trattasi dell'esecuzione degli atti amministrativi. — (*Vedi i decreti enunciati da Macarel, Elem. di Giurisprudenza amministrativa, tom.* 1, *pag.* 11, *n* 4, *pag.* 26, *n.* 50) (1).

ART. 554 † 644. *Se le difficoltà opposte alla esecuzione de' giudicati o degli atti richiedono una pronta provvidenza, il tribunale del luogo può ordinarla provvisionalmente, rimettendo però la cognizione del merito al tribunale competente per la esecuzione* (*).

C. di P. art. 49, 72, 404, 117, 2472, 794, 805.

1815 *Si può forse, a norma dell' art. 454, dirigersi ad un giudice di pace per pronunziare sopra di un caso urgente?*

È questa la nostra opinione, stabilita sul motivo che la legge servesi dell'espressione generale *giudice del luogo*; ma bisognerebbe però che la difficoltà esigesse una decisione talmente urgente che il ricorrere al tribunale civile potrebbe, a causa del ritardo nascente dalla distanza, cagionare un danno alla parte. Il rimedio per altro ad ogni incoveniente sembraci esistere nella disposizione che non rende la decisione se non *provvisoria*, ed autorizza a sottoporla all' esame del tribunale dell' esecuzione.

ART. 555 † 645. *La persona di officio, che venisse insultata nell'esercizio delle sue funzioni, dee far processo verbale della resistenza che le vien fatta, e si procederà in conformità delle regole prescritte dal codice penale* (2).

Ordin. del 1670, tit. 10, art. — C. di P., art. 209 e seg. — C. d' istr., art. 353, 785.

1916. *L' ufiziale incaricato dell' esecuzione di una sentenza o di un atto, può forse chiedere egli stesso la forza armata?*

Che sì, e senza che abbia bisogno di ricorrere all' autorità intermedia del magistrato, avendo siffatto dritto come possessore dell'atto rivestito del mandato che dà il Re agli agenti della forza pubblica. (*Vedi l' art.* 785, *e le Quistioni di Lepage*, *pag.* 377.)

conformit' dell' art. 441 † 453, l' apertura di un fallimento; ma quest' eccezione alla regola generale debb' essere veramente circoscritta ne' limiti che detto codice li assegna.

(1) All' autorità amministrativa, però, non già al tribunale, apparterrebbe il decidere se un atto da lei provveniente sia stato eseguito nel senso e secondo il modo ch' essa abbia determinato con questo medesimo atto. (*Cassaz.* 15 *ottobre* 1807, *Sirey*, *tom.* 7, *parte* 2 *pag.* 272).

(*) Nel nostro art. 644, nel resto in tutto uniforme all' articolo francese 554, trovansi aggiunte le parole il *giudice di circondario*; talchè le controversie che insorgono intorno all' esecuzione delle sentenze o degli atti richiedenti sollecita spedizione, possono portarsi non solamente innanzi al *tribunale del luogo*, secondo è detto nell' articolo francese, ma bensì innanzi al *giudice del circondario*, *ai termini della rispettiva competenza*. Perlocchè la quistione seguente 1915, non può presso di noi aver luogo.

(2) Se l' articolo suppone che la procedura contro al delinquenti si farà a richiesta del pubblico ministero, è ciò evidentemente senza pregiudizio di quella dell' ufiziale pe' mezzi civili.

ART. 556 † 646. *La semplice consegna della sentenza o dell' atto all' usciere, importa autorizzazione per farli eseguire, eccettochè si tratti di pegnoramenti o sequestro di stabili, o di arresto personale; ne' quali casi si esige un' autorizzazione speciale* (1).

1917. *La consegna dell' atto all' usciere costituisce forse per lui un mandato, quando non siagli stata fatta direttamente dalla parte in nome della quale agisce?*

Una decisione della Corte di cassazione del 31 gennaro 1815, riportata nel Giornale del foro, t. 12, pag. 469, ritenne la negativa; ma bisogna osservare che l' usciere era stato disapprovato dalla parte in nome della quale aveva agito; donde noi concludiamo che, fino alla dissaprovazione, la parte contro la quale avesse luogo la esecuzione non potrebbesi opporre, o farla annullare, sotto pretesto che l'usciere non avesse ricevuto i documenti direttamente e personalmente dalle mani del creditore o del suo procuratore.

1918. *L' usciere che procede ad un pignoramento d' immobili o ad un' arresto deve, sotto pena di nullità, possedere un mandato speciale del sequestrante?*

In altri termini, *un sequestro d' immobili, o un arresto è nullo, se il sequestrante non giustifica che l' usciere il quale vi ha proceduto fosse possessore della procura speciale?*

Soltanto in favore del creditore, dice Pigeau, tom. 40, richiedesi il mandato speciale; il debitore ha il dritto di farselo esibire; tutto va in regola contro di lui., finchè il creditore non dissapprovi. « Tal'è la opinione generalmente adottata, a norma di un gran numero di decisioni, prima che la Corte di cassazione, sezione civile, non avesse negativamente risoluta la quistione, ai 6 gennaro 1812. (*Sirey t.* 12, *p.* 54.)

Perciò gli uscieri debbono oggidì essere accorti ad enunciare negli atti di sequestro d'immobili o di arresto la procura speciale di cui sono possessori: che anzi sarebbe meglio che ne dessero copia; è ciò non perchè noi credessimo che vi fosse nullità di questi atti, ove non contenessero l' enunciazione o la copia di cui parliamo, poichè potrebbesi senza dubbio farli giudicare validi, ginstificando che l'usciere era possessore del mandato, allorchè ha proceduto (2).

(1) GIURISPRUDENZA.

1. L' autorizzazione speciale richiesta dall' art. 556 può essere validamente data da un mandatario generale del seqoestrante, ancorchè qoesto mandatario non abbia egli stesso ricevuto l' autorizzazione speciale di dare qoesto potere all' usciere. I motivi di siffatta teoria contenuti in una decisione della corte di Parigi del 28 dicembre 1820 (*Sirey, tom.* 21, *pag.* 111), sono che il dritto di farsi da qoesto mandatario tutti gli atti di amministrazione che sono nell' interesse del mandante, deriva dall' aotorizzazione generale che il mandatario ha ricevuta dal sequestrante; che il mandatario ha interesse perchè il mandante ricuperi le somme che gli son dovute; che ono de' mezzi di tale ricuperamente può essere il pegnoramento immobiliare, che in consegoenza il mandatario ha il dritto di far procedere al pegnoramento degl' immobili, ed in seguito di dare all' usciere l' aotorizzazione speciale richiesta a quest' oggetto.

2. Il pegnoramento degl' immobili fatto a richiesta di due creditori è valido, quantunque la procura speciale data in nome di questi due creditori non sia sottoscritta da uno di essi. — (*Cassaz.* 10 *aprile* 1818; *Sirey, tom.* 18, *pag.* 356).

3. La mancanza di procura speciale richiesta per procedere al pegnoramento degl' immobili, viene sanata col pagameoto volontario de' crediti e delle spese di queato pegnoramento. — (*Rennes*, 6 *giugno* 1814; *Sirey, tom.* 14, *pag.* 256).

(2) Ma questa procora speciale che debbe avere l' usciere, non è richiesta pel precetto preventivo al pegnoramento immobiliare; per conseguenza la esecuzione non sarebbe nulla sul perchè l' usciere esibisse sol un mandato speciale, che avesse acquistato data certa posteriormente al precetto, ma prima del pegnoramento, come a dire un mandato per iscrittora privata registrata il giorno stesso del pegnoramento. — (*Cassaz.* 12 *maggio* 1813; *Sirey, tom.* 14, *pag.* 277, *e quistione* 1918).

Di più; è stato giodicato con decisioni della corte di cassazione, de' 24 gennaio, 12 luglio, 10 agosto 1811, e 12 gennaio 1820, riportate da Sirey nel tomo 14, pag. 224, nel tomo 15, pag. 29 e 30, e nel tomo 20, pag. 199, che la procura di cui si tratta per acquistare una data certa, non ha bisogno di essere registrata o trascritta in uno degli atti di procedura, o notificata alla parte pegnorata, bastando a compiere il voto della legge di esser certo *in fatto* che la procura esisteva al tempo del pegnoramento o dell' imprigionamento.

La giorisprudenza su questo punto è già stabilita. (*Vedi le decisioni delle corti di Colmar, Roano e Parigi, Sirey, tom.* 14, *pag.* 421, *tom.* 16, *pag.* 214, *tom.* 20, *pag.* 84, e *tom.* 21 *pag.* 101).

Finalmente con decisione della corte di Nancy del 22 giugno 1830 (*Sirey, tom.* 16, *pag.* 95),

1919. *Il mandato deve forse contenere il nome dell' usciere incaricato di procedere alla esecuzione?*

Sembraci che la parola *speciale*, nell' art. 556, fosse relativa soltanto allo incarico dato all' usciere, ad oggetto di sequestrare l' immobile o arrestare il tale debitore, non faccia affatto supporre la necessità d' indicare il nome dell' usciere. La legge d' altronde non sottomette siffatto mandato ad alcuna formalità, ma esige soltanto che l'usciere ne sia munito. Laonde basta un mandato dato a qualunque usciere; e l' essenziale si è di giustificare che colui il quale ha proceduto era munito di un simile mandato. Per una conseguenza di siffatti principi, il tribunale civile di Rennes giudicò valido un sequestro, sebbene l' usciere fosse possessore soltanto di un mandato rilasciato ad un terzo, ad oggetto d' incaricare qualunque usciere di pegnorare un' immobile, essendosi ragionevolmente considerato che la parola *speciale*, nell' art. 556, cadea sul solo fatto della commissione data all' usciere di eseguire il sequestro sull' immobile di tal debitore, e non risguardava affatto la persona dell' uffiziale ministeriale.

1920. *Per arrestare un debitore, le guardie di commercio debbono essere munite di un mandato speciale?*

Siffatta quistione fu presentata alla Corte di Parigi, in occasione della decisione del 5 agosto 1817, riportata dal Sirey, tom. 17, pag. 307, ma non fu risoluta. Dicevasi per la negativa che l' istituzione della guardie di commercio avendo per unico oggetto l'esecuzione dell' arresto personale, in materia di commercio, la semplice consegna dei documenti dava loro bastante facoltà per procedere all' arresto. Mai noi siam alieni dal dividere siffatta opinione, e riportandoci d' altronde ai motivi sviluppati a pag. 310 della enunciata raccolta, ci limitiamo alle seguenti osservazioni, le quali sembranci decisive: 1 il decreto del 14 marzo 1808 col quale vennero stabilite le guardie di commercio, ebbe per oggetto di sostituirle agli uscieri, uffiziali particolari per l'esecuzione dell'arresto personale, e non di stabilire una forma di procedere particolare al caso o pel caso in cui siasi costretto di metterle in opera: donde siegue che il Codice di procedura deve servir di norma per esercitare il loro ministero: 2 la disposizione dell' art. 556 è tutta favorevole al debitore, il quale non deve essere perseguitato nella persona o nei suoi beni che per effetto della volontà positivamente manifestata dal creditore, e sarebbe ingiusto che siffatta disposizione cessasse di essere applicabile a Parigi, unicamente perchè ci sono delle guardie di commercio in questa città, mentre che i debitori dei dipartimenti potrebbero invocarla, ove l'esecuzione continua ad essere affidata agli ufiziali ordinari; 3 l' abrogazione di una legge favorevole e di dritto comune non si presume affatto, e specialmente per semplici ragionamenti di analogia.

1921. *È forse necessario che la procura speciale contenga la facoltà di ricevere il pagamento?*

Che no, perciocchè l'oggetto dell' esecuzione essendo quello di ottenere il pagamento, l' usciere ha necessariamente il dritto di ricevere, e per conseguenza di rilasciare quietanza. — (*Locrè*, *tom*. 2, *p*. 449) (1).

fu giudicato che l' usciere il quale procede ad un arresto personale, non è tenuto di esibire la sua procura, attesochè per legge non vi è obbligato; ma questa giurisprudenza è formalmente proscritta da quella della corte di cassazione, come risulta da quanto or ora dicemmo.

(1) Ma l' usciere incaricato di agire contro di un debitore non ha facoltà di ricevere il pagamento del debito se non nel tempo in cui sta procedendo. In conseguenza il pagamento è nullo, rispetto al creditore, allorchè siasi fatto all'usciere in un epoca in cui le procedure erano sospese per effetto di opposizione, ed allorchè però il creditore avea costituito patrocinatore con elezione di domicilio presso di esso. — (*Colmar*, 25 *gennaio* 1820; *Sirey*, *tom*. 20, *pag*. 185).

APPENDICE (1)

Intorno alla esecuzione de' giudicati e degl' istrumenti esteri.

Principi della efficacia de' giudicati e degli istrumenti.

Giudicati — I giudicati costituiscono una verità legale per virtù attribuita loro dalla legge che regola gli atti del magistrato: poichè per essi si moderano i fatti de' cittadini secondo le leggi dello Stato in cui rispettivamente dimorano. La loro efficacia quindi è tutta di dritto civile positivo e privato di uno Stato. Da ciò segue che i giudicati non possono aver vigore altrove che nello stato in cui sono pronunziati.

In generale quindi la teorica fondata sul principio della sovranità indipendente di ciascuno stato, è pur la conseguenza del principio fondamentale del nostro civile dritto, espresso nell' art. 5 delle leggi civili. » Le leggi obbligano tutti coloro che dimorano sul » territorio del regno, sieno cittadini sieno » stranieri domiciliati o di passaggio.

Di questa disposizione, che stabilisce l'impero esclusivo ed assoluto in regno delle leggi in esso emanate dal sovrano, è conseguenza la protezione che il governo accorda, e per la quale ogni straniero debb' essere nelle civili relazioni, a' termini delle leggi stesse, risguardato come ogni altro cittadino finchè dimori in regno. E nell'applicazione di questa garantia segue che i tribunali del regno non possono essere semplici osservatori della materialità dell' atto proveniente dalle straniere autorità, per riconoscerne la forma (di che anche mal potrebbero giudicare per difetto di conoscenza della disciplina delle medesime); ma conviene che addentrino nel merito dell'azione, delle eccezioni e della pronunziazione, onde ravvisare innanzi tratto, se l'azione sia riconosciuta dalle nostre leggi, se le eccezioni abbiano, per le leggi medesime, l'effetto istesso attribuito loro dal giudicato, e quindi se la pronunziazione nella sua sostanza e nel modo di esecuzione, possa avere effetto legale in regno.

Così suppongasi che fra due persone, qualunque fosse la loro nazionalità, siavi stato giudizio innanzi tribunale di estero paese per pagamento di somma dovuta a causa di giuoco o di scommessa, e che quei tribunali, secondo le leggi del luogo, che ammettono cotesta azione, abbiano condannato il debitore, anche coll' arresto personale, al pagamento del debito. Il creditore col giudicato in buona forma vuol procedere all' esecuzione su i beni e sulla persona del debitore che trovinsi in regno, e ne chiede l' autorizzazione al competente tribunale del regno istesso. Se i tribunali fossero ridotti alla condizione di riconoscere solo la forma esterna dell' atto del giudice straniero, si vedrebbe, nell' esposto caso, dare braccio forte dall' autorità del regno per la esecuzione di una obbligazione non riconosciuta dalle nostre leggi, e con un mezzo non ammesso dalle medesime, e per la quale avrebbero dovuto i tribunali rigettar la dimanda se l' azione si fosse istruita innanzi ad essi.

Sarebbe del pari, se, riconosciuta l'azione anche dalle nostre leggi, non potesse per questo agirsi sulla persona del debitore, ma solo su i beni di lui. Il tribunale autorizzerebbe in tal caso un modo di esecuzione non permesso, o anche vietato dalle leggi che ci regolano.

Istrumenti. Il principio che le leggi non imperano fuori lo stato, escludono la efficacia de-

(1) Abbiam creduto di non poca utilità riportare il presente appendice, desunto da Pigeau Leg. di pr. civ. tradotto per cura di F. Cafaro, ediz. del 1837, vol. 2, pag. 353.

gli atti notariali in quanto all'effetto che possono produrre in regno gli atti di cotesta specie per virtù dell' autenticità e dell' esecutorio di che sono per legge rivestiti.

Gli atti notariali come ogni atto autentico formato nell' interesse di privati in uno stato, fuori di esso perdono la loro autenticità per le cose di sopra notate; e perciò non possono servire che in ogni figura di semplice documento privato fra le parti, e come un elemento di pruova, non mai come titolo efficace. Per avere quindi vigore occorre sempre che innanzi l' autorità del regno se ne riconosca in contraddizione delle parti stesse la verità non solo, ma anche la uniformità delle stipulazioni al sistema legislativo del regno.

Così, se ai tribunali del regno si presentasse un istrumento stipulato all' estero in cui si fosse convenuta una ipoteca generale, che non è valida nel regno, e si domandasse che se ne ordini la iscrizione; ove ciò dovessero fare sopra la semplice istanza di un interessato guardando la forma esterna dell' atto, e non le sua efficacia secondo le leggi qui imperanti sulla materia, si avrebbe che i tribunali autorizzerebbero una iscrizione che non potrebbe in verun caso avere alcuna efficacia se fosse convenuta in regno, perchè contraria alle nostre istruzioni, e darebbe così maggior favore agli atti esteri, lo che non è conciliabile coi principî di civile prudenza di uno stato.

Giurisprudenza de' tribunali del regno per la esecuzione de' giudicati esteri.

La esposta qustione della ingerenza che debbono prendere i nostri tribunali nell ordinare la esecuzione in regno dei giudicati pronunziati in estero paese, è stato un oggetto che ha formato materia di discettazione anche nei nostri tribunali, specialmente in causa *Berenger*, ad occasione di esecuzione di sentenza del tribunale di commercio in *Parigi*. Il tribunale civile in Napoli avea seguita la opinione della necessità dell' esame: la gran corte civile riduceva tutto alla semplice formalità del *pareatis*: ma la seguente decisione della Corte suprema di giustizia annullò la decisione della gran Corte ricordandole i principî dell' antico nostro dritto, e riportando alla vera loro intelligenza le regole che in proposito leggonsi nelle vigenti leggi civili e di procedura.

Decisione della corte suprema di giustizia di Napoli per esecuzione del giudicato estero.

» La Corte suprema ha osservato, che nel» la impugnata decisione si sono stabilite le » massime seguenti.

» 1. Che il dritto della giurisdizione terri» toriale sarebbe solamente offeso, se la sen» tenza de' tribunali esteri si opponesse alle » leggi del regno:

» 2. Che nell' esecuzione de' giudicati esteri » debbono i magistrati conoscere dell' interes» se pubblico, astrazione fatta dal dritto dei » litiganti:

» 3. Che una sentenza di un tribunale este» ro debba avere la stessa forza che avrebbe » una transazione fatta tra le parti:

» 4. Che l' art. 636 delle leggi di procedu» ra, e l'art. 2009 delle leggi civili escludono » la cognizione, *ex integro*, de' giudicati e» steri:

» 5. Che l' art. 2009 faccia dipendere la i» scrizione ipotecaria dal giudicato estero e » non dalla sentenza de' giudici del regno:

» 6. Che lo stesso art. 2009 intanto abbia » dichiarato l' esecuzione de' giudicati esteri di » esclusiva competenza de' tribunali civili, in » quanto ha voluto che non si conoscesse più » della causa nell' interesse de' litiganti:

» 7. Che il sottoporre a nuova cognizione i » giudicati esteri sarebbe lo stesso che intro» durre regole di competenza diverse da quel» le stabilite nell' art. 15:

» 8. Che tale sia stata l' antica giurispru» denza del regno, la quale debb' essere con» sultata, come un fonte suppletorio di dritto».

Sulla prima massima » Considerando che la giurisdizione territoriale abbraccia per sua essenza le cose e le persone di tutti coloro, i quali vivono sotto la protezione del Sovrano, e delle sue leggi:

» Che una tale protezione consiste non solamente nel garentire i dritti di ciascuno, ma anche di esercitare sopra di essi un legale impero:

» Che questo doppio effetto della protezione delle leggi, è una conseguenza dell' unità, ed indivisibilità della sovrana potestà:

» E che sopra queste stesse ragioni è fondato il dritto di asilo accordato agli stranieri in tutt' i casi ne' quali possono essi goderne sen-

za pericolo dell'ordine e dell'interesse pubblico.

Sulla seconda — » Considerando che la giurisdizione de' magistrati è composta necessariamente di due parti tra loro connesse, cioè la *cognizione e l'imperio*; per modo che quando dovessero adoperare l'una, omettendo l'altra, uscirebbero dalla natura delle loro funzioni:

» che se si volesse dare al magistrato del regno la sola esecuzione de' giudicati esteri, sarebbe lo stesso che scindere la giurisdizione o chiamarlo ad una fazione contraria al suo uffizio:

» che sotto il vocabolo *cognizione*, s'intende l'applicazione della legge al fatto, ossia la piena ed intera disamina dell'azione e dell'eccezioni:

» che non può farsi eccezione di dritto pubblico e privato, perchè i giudici non conoscono del dritto pubblico in astratto, ma del privato, poichè una tale distinzione non è scritta in alcuna legge, e perchè ogni controversia debb' essere decisa nell' interesse de' litiganti:

» che se in questo caso s' intendesse per dritto pubblico la custodia de' dritti della regalia ossia della sovranità e delle leggi che appartengono all' ordine pubblico, i magistrati del regno si troverebbero nel caso di un' assoluta incompetenza, giacchè cotesta vigilanza esclusivamente appartiene al governo, ed ai suoi delegati nell' ordine del potere amministrativo.

» *Sulla terza*— » Considerando che il contratto il quale litigando si forma, suppone necessariamente la persona del giudice il quale si rende obbligatorio ne'limiti dell'autorità che la legge gli concede:

» che il consenso stesso de' litiganti è relativo alle leggi ed all' ordine de' giudizi del proprio territorio, fuori del quale cessa l'effetto, che le parti stesse hanno inteso dargli:

» che conseguentemente la sentenza del giudice fuori del suo territorio altro non è se non un documento del contratto della lite altrove fatta, ed un esempio di ciò che quivi si è deciso; documento, ed esempio che serve all'attore di titolo per rinnovare la stessa dimanda, ed al giudice per conoscere se debbano o no attribuirle i medesimi effetti:

» che quindi il carattere di transazione dato alle sentenze estere contiene lo scambio di una idea relativa, con un idea assoluta, ed una assimilazione illegale tra due atti di diversa natura:

» che il trasportare la idea di una transazione alla sentenza di un tribunale estero, menerebbe all' assurdo, che un contratto privato potesse derogare alle leggi d' ordine pubblico, ed alla competenza delle giurisdizioni territoriali.

Sulla quarta — » Considerando che lungi dall' introdurre coll' art. 15, rispetto agli stranieri, regole di competenza diverse da quelle stabilite, gli esteri, che dimorano nel regno al tempo in cui si chiede contro di loro l' esecuzione di una sentenza pronunziata da un tribunale straniero, trovansi per lo appunto nel caso del citato articolo, dappoichè non si tratta della continuazione dell' antico giudizio, ma della introduzione di un altro affatto nuovo.

Sulla quinta — » Considerando che l' art. 636 delle leggi di procedura ha renduti comuni a tutt' i giudicati, ed a tutti gli atti ricevuti dagli uffiziali stranieri, le regole particolari scritte negli art. 2009 e 2014 delle leggi civili a rispetto delle ipoteche, e delle iscrizioni ipotecarie:

« che avendo l' art. 2009 accordato l' ipoteca giudiziale alla sentenza profferita da' giudici del regno, ha negato, per la stessa ragione, alle sentenze estere la qualità ed i caratteri delle cose giudicate:

» che avendo l' art. 2004 negato l' ipoteca convenzionale al contratto fatto all' estero, ha per tal disposizione avuto come non autentici gli atti sollennizzati colle forme stabilite dalle leggi de' paesi stranieri:

» che quindi le parole *non saranno eseguibili*, adoperate dall' art. 636 delle leggi di procedura, ed il vocabolo *esecuzione* usato nell' art. 2009 delle leggi civili, e l' esame da farsi a' termini dell' art. 2014 delle leggi istesse, importano che le leggi del regno negano ogni effetto legale agli atti, sieno giudiziali, sieno convenzionali, i quali portano seco loro la impronta di straniera autorità:

» che le nostre leggi civili sono state tanto gelose dell' unità, e dell' indipendenza della giurisdizione territoriale, quando hanno modificato la parte degli art. 2023 e 2128 del codice francese col quale si permettevano le eccezioni, che avrebbonsi potuto fare in forza

delle leggi politiche, e de' trattati, dal che risulta che il nostro legislatore ha voluto stabilire la regola della indipendenza territoriale, tolta anche la possibilità della eccezione.

Sulla sesta — » Considerando che un tribunale qualunque non può ordinare esecuzione senza cognizione :

» che l'art. 2009 dice non poter derivar la ipoteca dalle sentenze pronunziate in paese straniero : dal che segue che la validità dell'ipoteca deriva dall'atto confermante, e non dal confermato.

Sulla settima — » Considerando che la esclusiva competenza data a' tribunali civili del regno, lungi dal dimostrare che la legge abbia voluto dimezzare la giurisdizione de' giudici del proprio territorio, somministra un argomento affatto contrario :

» che i privilegi di eccezione sono un beneficio del dritto civile circoscritto ne' limiti del territorio, e che per conseguenza ogni privilegio di tal natura sparisce a rispetto degli esteri, le cui azioni ricadono sotto la disposizione del dritto comune.

Sull' ottavo — Considerando che la gran corte in tanta chiarezza di principî e di espresse disposizioni di legge non aveva necessità di ricorrere all'antica giurisprudenza, come ad un fonte suppletorio del dritto :

» che, ciò non ostante, non ha curato meno intorno al senso di questa giurisprudenza di quel che ha fatto circa il nuovo dritto, e circa i principî di ragione che ha pure invocati :

» che, a cominciare dalle leggi romane, la gran Corte non ha avvertito alla regola generale scritta nella L. 20 D. de Jurisdict. *extra territorium jus dicenti impune non paretur* :

» che passando alle leggi de' nostri sovrani Angioini, non ha ravvisato lo stesso principio nel rito 188 della gran corte della Vicaria, nel quale si dice *instrumentis confectis extra regnum non creditur* :

» che molto meno ha fatto attenzione alla prammatica di re Ferdinando I. del 1473, colla quale si dichiararono di nessuno effetto nel regno gli ordini ed i mandati, *diversorum officialium sive judicum alterius quam nostri dominii* :

» che neppure ha avvertito alle successive prammatiche del vicerè D. Pietro di Toledo, le quali leggonsi sotto al titolo *de citationibus*, e nelle quali si ripete il divieto di eseguire qualunque atto non rivestito dell'impronta della regia giurisdizione :

» che invece di ricorrere ai particolari esempi di cose giudicate, specialmente nelle materie miste della competenza del Foro ecclesiastico, della qual natura è la causa di divorzio della principessa di Gerace riportata dal regente Merlino, dovea la gran Corte leggere ne' citati esempi le regole generali ed assolute che il nostro Sacro Consiglio tenne costantemente come indubitate, cioè che il giudice del territorio non è un mero esecutore *nedum de nullitate sententiae sed etiam de ipsis iniustitiae* :

» che una tal massima per modo di legge stabilita dalla decisione delle quattro ruote dei 24 marzo 1623, colla quale fu dichiarato *non esse concedendum brachium, absque causa cognitione* :

» ed in fine, che queste massime, le quali sono state sempre custodite in ogni stato d'Europa come altrettante conseguenze del pubblico dritto, e dell'indipendenza di ciascuna sovranità, sono divenute di più stretto dritto per virtù delle leggi nuove, le quali sono fondate sopra due basi espresse ne' nuovi codici, che la giurisdizione è territoriale, e che per diritto di reciprocanza non deve uno stato all'altro più o meno di quello che da esso riceve.

» Donde siegue che la gran Corte civile, ha violato il principio regolatore della giurisdizione territoriale ; ha violato l'art. 5 della leggi civili, il quale dichiara ogni legge obbligatoria per tutti coloro che dimorano nel regno, ancorchè siano di passaggio ; ha violate le regole di competenza stabilite nell'art. 15 delle stesse leggi civili a rispetto degli stranieri ; ha giudicato contro all'espressa e letterale disposizione dell'art. 636 delle leggi di procedura, e degli art. 2009 e 2014 delle leggi civili ; ed ha errato persino negli esempî, e nella costante giurisprudenza del regno.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la decisione impugnata, rimettendo le cose nello stato in cui erano prima che la medesima si fosse pronunziata, rinvia la causa per nuovo esame ad altra camera della gran corte civile di Napoli : ed ordina di restituirsi il deposito.

» Fatto, giudicato e pubblicato all'udienza in presenza del P. M., e degli avvocati del ricorrente, il dì 23 aprile 1825. »

La stessa Corte suprema annullando nell'interesse della legge, una sentenza del tribunale civile di Napoli che, in via di espediente volontario, avea senza cognizione autorizzata la esecuzione d'istrumento stipulato nelle *Spagne*, pel quale si cedevano beni e si costituivano su di essi ipoteche in regno, ha pure indicato in ciò quali sieno i principî da seguirsi. Giova qui riportarle per riunire sotto unico punto di vista tutto quello che si riferisce alla soggetta interessante materia.

Decisione della corte suprema di Napoli in causa Alcanices.

Avvenuta nel 29 maggio 1813, nella città di Cadice nel regno delle Spagne, la morte del marchese d'Alcanices e de los Balbates D. Emmanuele Perez Ossorio, gravi controversie si animarono in quelli tribunali intorno all'appartenenza dell'eredità tra la vedova, il figliuolo primogenito, li figliuoli secondogeniti, le figlie nubili e maritate; la lite ebbe il suo termine ne' principî dell'anno 1832, e dopo una transazione stipulata in Madrid, fu dall'autorità giudiziaria a 17 maggio dell'anzidetto anno prescritto che il primogenito marchese di Alcanices fosse immesso in possesso di tutti i beni ereditari posti non solo nel regno delle Spagne ma anche nell'Italia, e con ispecialità nel regno delle due Sicilie di quà e di là del Faro, obbligandosi egli a favore de'secondogeniti e delle sorelle al pagamento di 900 mila reali, per la sicurezza de'quali fu stipulata la ipoteca generale sopra i suoi beni presenti e futuri, e la ipoteca speciale sopra i beni in Italia, sino alla somma di 900 mila reali.

Determinatosi il marchese di Alcanices di immettersi nel possesso delle vistose proprietà paterne esistenti nel regno di Napoli; egli per mezzo del suo patrocinatore, nel 20 luglio 1832, ne diresse la dimanda nel tribunale civile di Napoli, insistendo perchè la convenzione avesse avuto la forza esecutoria nel regno di Napoli. Il tribunale, inteso il pubblico ministero nelle sue uniforme conclusioni, nel dì 29 del seguente agosto, deliberando in camera di consiglio, ordinò: » che la convenzione degli 8 maggio 1832 passata in Madrid tra il marchese di Alcanices, la duchessa vedova di lui madre, ed i suoi fratelli e sorelle avesse piena esecuzione, anche per ciò che riguarda i beni ereditari dell'ultimo defunto marchese di Alcanices, siti in questo regno delle Due Sicilie. »

Così il tribunale avea mirato a rendere *de plano* senza contraddizione di parti, senza previo esame e senza rendere ragione. Da ciò la necessità de'chiarimenti da cui risultava essersi ritenuto l'atto come transazione tra le parti, e perciò eseguibile nell'interesse privato, e quindi le seguenti osservazioni del pubblico ministero presentate alla corte regolatrice.

» La giurisdizione territoriale de'magistrati si compone necessariamente di due parti trà loro connesse, cioè la cognizione e l'impero: per modo che quando dovessero adoperare l'una omettendo l'altra, cesserebbero dalla natura delle loro funzioni. Laonde se si volesse dare ai magistrati del regno la esecuzione de'giudicati esteri, sarebbe lo stesso che scinderne la giurisdizione, e chiamarli ad una funzione contraria al loro uffizio. Sotto il vocabolo di cognizione s'intende l'applicazione della legge al fatto, ossia la piena ed intera disamina dell'azione e delle eccezioni.

» Nè giova far distinzione di dritto pubblico o privato, perchè i giudici non conoscono del dritto pubblico in astratto, ma del privato; perchè una tal distinzione non è scritta in alcuna legge, e perchè ogni controversia dev'essere decisa nell'interesse de'litiganti: che se in questo caso s'intendesse per dritto pubblico la custodia de'dritti della regalia, e fin della sovranità, e delle leggi che appartengono all'ordine pubblico, i magistrati del regno si troverebbero nel caso di un assoluta incompetenza, giacchè cotesta vigilanza esclusivamente appartiene al governo, ed ai suoi delegati nell'ordine del potere amministrativo.

» Il contratto che litigando si forma, suppone necessariamente la persona del giudice, la quale lo rende obbligatorio ne'limiti della autorità che la legge gli concede: il consenso stesso de'litiganti è relativo alle leggi ed all'ordine de'giudizi del proprio territorio, fuori del quale cessa l'effetto che le parti istesse hanno inteso dargli. Che per conseguenza la sentenza del giudice fuori del suo territorio altro non è se non un documento del

contratto della lite altrove fatta, ed un esempio di ciò che quivi si è deciso, documento ed esempio che serve all'attore di titolo per rinnovare la stessa dimanda, ed al giudice per conoscere se debba o no attribuirle i medesimi effetti.

» Il carattere di transazione dato alla sentenza estera contiene lo scambio di un idea relativa con una idea assoluta, ed un'assimilazione illegale tra due atti di diversa natura. E che il trasportare la idea di transazione alla sentenza di un tribunale estero, menerebbe all'assurdo che un contratto privato potesse derogare alle leggi di ordine pubblico, ed alla competenza delle giurisdizioni territoriali.

» Laonde lungi dall'introdurre a rispetto degli stranieri regole di competenza diverse da quelle stabilite nell'art. 15 delle leggi civili, gli esteri che dimorano nel regno al tempo in cui si chiede contro di loro l'esecuzione di una scrittura pronunziata da un tribunale straniero, trovansi per lo appunto nel caso del citato articolo; dappoichè non si tratta della continuazione dell'antico giudizio, ma della introduzione di un altro affatto nuovo.

» In fatti l'art. 636 delle leggi di procedura ha renduti comuni a tutt i giudicati, ed a tutti gli atti ricevuti dagli uffiziali stranieri le regole particolari scritte negli art. 2009 e 2014 delle leggi civili, a rispetto delle ipoteche e delle iscrizioni ipotecarie. Or avendo l'art. 2009 accordato l'ipoteche giudiziali alle sole sentenze profferite da' giudici del regno, ha negato per la stessa ragione alle sentenze estere la qualità ed i caratteri di cose giudicate. Ed avendo l'art. 2014 negato l'ipoteca convenzionale a' contratti fatti all'estero, ha per tali disposizioni avuto come non autentici gli atti sollennizzati colle forme stabilite dalle leggi de' paesi stranieri.

» In conseguenza le parole *non saranno eseguibili* adoperate dall'art. 2009 delle leggi civili e lo esame da farsi a'termini dell'art. 2014 delle leggi istesse, importano che le leggi del regno negano ogni effetto legale agli atti sieno giudiziali, sieno convenzionali, i quali portano seco loro l'impronta di straniere autorità.

» Le nostre leggi civili sono state tanto gelose dell'unità e dell'indipendenza della giurisdizione territoriale, quando hanno modificato la parte degli art. 2123 e 2128 dell'abolito Codice francese, colla quale si permettevano delle eccezioni, che avrebbero potuto fare in forza delle leggi politiche e de'trattati, dal che risulta che il nostro legislatore ha voluto stabilire la regola della indipendenza territoriale, tolta anche la possibilità delle eccezioni.

» Un tribunale qualunque non può ordinare esecuzione senza cognizione. Onde l'art. 2009 dice *non può derivar l'ipoteca* dalle sentenze pronunziate in paese straniero: dal che segue che la validità dell'ipoteca deriva dall'atto confermante e non dal confermato.

» La esclusiva competenza data ai tribunali civili del regno, lungi dal dimostrare che la legge abbia voluto dimezzare la giurisdizione de'giudici del proprio territorio, somministra un argomento affatto contrario. I privilegi di eccezione sono un benefizio del dritto civile circoscritto ne' limiti del territorio; e per conseguenza ogni benefizio di tal natura sparisce rispetto agli esteri, le cui azioni ricadono sotto le disposizioni del dritto comune.

» Non dissimili erano le disposizioni del nostro antico dritto. La giurisprudenza romana avea stabilito in principio: *extra territorium jus dicentum impune non paretur*. (20 D. de jurisdict.)

» I nostri Sovrani Angioini confermarono lo stesso principio nel rito 188 della G. C. della Vicaria, nel quale si dispone: *istrumentis confectis extro regnum non creditur.*

» Le leggi patrie proclamano la stessa verità — Ferdinando I colla prammatica del 1473 dichiarò di niuno effetto nel regno gli ordini ed mandati: *diversorum officialium sive judicum olterius quom nostri domini* — Le successive prammatiche del Vicerè D. Pietro di Toledo, le quali leggonsi sotto al titolo *de Citationibus*, comprendono il divieto espresso di eseguire qualunque atto non rivestito della impronta della regia giurisdizione.

» Il nostro Sacro Regio Consiglio tenne costantemente come indubitato che il giudice del territorio non sia mero esecutore, ma sibbene un conoscitore: *nedum de nullitote sententiae, sed eliom de ipsius injustitia*. Una tal massima fu per modo di legge stabilita dalla decisione delle Quattro Ruote de' 21 marzo 1623 colla quale fu dichiarato: *non esse concedendum brachium absque causae cognitione.*

» In fine queste teoriche, le quali sono state sempre custodite in ogni stato di Europa come altrettante conseguenze del pubblico dritto e della indipendenza di ciascuna sovranità, sono divenute di più stretta ragione per la efficacia delle leggi novelle; cioè che la giurisdizione sia territoriale, e che per dritto di reciprocazione non debba uno Stato dare all' altro più o meno di quello che da esso riceve.

» Il nostro ragionamento manoduce ad osservare che il tribunale civile ha resi esecutori nel regno di Napoli un contratto ed un atto giudiziario perfezionato nell' estero, senza prendere qualunque menoma cognizione intese le parti interessate. Aggiungasi che colla deliberazione in esame si è espressamente contravvenuto alla disposizione dell' art. 2014 delle leggi civili, poichè virtualmente si è accordato il dritto della iscrizione ipotecaria sopra gl' immobili posti nel regno di Napoli senza conoscersi affatto, nè giudicarsi della giustizia e dell'efficacia dell' atto perfezionato in paese straniero.

» Invano s' imprende che la formola generica adottata dal tribunale non abiliti il conservatore a prendere iscrizione su i beni in Napoli sino alla somma di 900 mila reali, quante volte i fratelli del marchese di Alcanices debitore di 900 mila reali ne facessero la richiesta. Imperocchè in primo luogo, è vero che l' art. 2014 ragionando delle sentenze che in simili casi pronunziarono i tribunali del regno, dispone che questa sentenza ordinerà la iscrizione; ma non segue da ciò che i giudici debbano usare le stesse espressioni usate dalla legge, quasi fossero state indicate dal legislatore in modo sacramentale: ordinare la piena esecuzione di un atto portante costituzione d'ipoteca, importa direttamente la facoltà d'iscriverlo sopra i beni sistenti nel regno, poichè la iscrizione si attiene alla esecuzione del contratto, ed è una parte integrale della stessa, di cui può avvalersi ogni interessato. Gli scrittori nella materia convengono che in tal caso bisogna far dichiarare esecutorio il contratto, ed intendono con ciò la ordinazione del giudice locale che il contratto s'iscriva.

» Inoltre, laddove si dasse una diversa intelligenza di cui è menzione nell' art. 2014, dovrebbe portare una condanna ipotecaria, ed allora la ipoteca da convenzionale degenererebbe in giudiziale, in quella cioè di cui si ragiona nell' art. 2009: ma se vi è divario tra l' una e l'altra ipoteca, importa precisamente che nel caso della ipoteca giudiziale vi è bisogno di una condanna formale, ove nel caso della convenzionale basta solamente ordinare la esecuzione dell' atto.

» In fine non vale l' osservazione che *l' exequatur* siasi dimandato dal marchese di Alcanices, e non contra di esso lui. Il conservatore non fa che eseguire quello che legge nel dispositivo della sentenza; egli non si prende la pena di andare indagando la istanza su di che siasi pronunziato, quando la formola della pronunziazione è sì generale che si possa chiederne la esecuzione da tutti coloro che vi hanno interesse. Infatti il conservatore sarebbe imputabile se presentandosi i fratelli e le sorelle di Alcanices all' oggetto della iscrizione ipotecaria in loro favore, in forza di un atto reso esecutorio nel regno dall' autorità giudiziaria, si rifiutasse di eseguirlo.

» Per siffatte osservazioni, noi, usando delle attribuzioni accordate al nostro pubblico ministero dagli art. 125 e 126 della legge organica dell' ordine giudiziario de' 29 maggio 1817, richiediamo che la Corte suprema si compiaccia annullare, nel solo interesse della legge, la sentenza renduta dalla quarta camera del tribunale civile di Napoli nel dì 29 agosto 1832 ad istanza del patrocinatore del marchese di Alcanices.

» Udito il rapporto. — Inteso il procurator generale del Re Cav. Letizia, il quale ha sostenuto l' annullamento provvocato colla trascritta sua requisitoria:

» La Corte suprema di giustizia, deliberando nella camera di consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pubblico ministero:

» Attesocchè le sentenze, come la legge; e la legge come la Sovranità non si estendono oltre i limiti del territorio: Sicchè le sentenze profferite da' tribunali stranieri non hanno vigore presso di noi, come l' autorità di quel Sovrano non si estende al di là del suo dominio:

» Così gli atti ricevuti da' funzionari per imprimere ad essi il carattere di autenticità non hanno alcuna efficacia fuori il territorio del Sovrano da cui riconoscono il loro ministero.

» In conseguenza de' cennati principî di dritto pubblico universale, cogli art. 2009 e

2014 leggi civili, si dispone che non vi è ipoteca giudiziaria nè convenzionale per effetto di titoli autentici e sentenze emesse in paese straniero riguardanti i beni siti in regno, se non quando con sentenza de' nostri tribunali ne sia ordinata la esecuzione.

» Osserva all' uopo la Corte suprema che quando ne' citati articoli delle leggi civili è scritto per via d' indicazione, nell' art. 636 leggi di procedura civile (attenente al dritto pubblico della nazione) si propone per regola generale : » I giudicati profferiti da' tribu» nali stranieri, e gli atti ricevuti dagli uffi» ziali stranieri non saranno eseguiti in re» gno, che nel modo e ne' casi preveduti ne» gli art. 2009 e 2014 leggi civili, val dire» *nisi cognita causa* ».

» Atteso le cose premesse, da che il tribunale di Napoli, a vista dell' istrumento di convenzione stipulato in Madrid tra il marchese di Alcanices, la madre, ed i germani, senza alcuna cognizione di causa, ne ordinò la esecuzione anche pe' beni siti in Napoli, sconobbe le regole della giurisdizione. Ed ove nei chiarimenti dati disse, che qualora si trattava di prendere iscrizione sopra beni siti in regno, si sarebbe conformato alla disposizione de' cennati articoli delle leggi civili, limitò all' ipotesi ciò ch' è detto in tesi:

Avverte la Corte suprema, che qualora il collegio è chiamato a provvedere su di un' oggetto, non deve andarvi mai per via di esecuzione, ma per via di cognizione. La giurisdizione è il complesso della cognizione e dell' impero. E ricordasi che anche in contumacia le dimande non si ammettono, che qualora si trovino giuste e verificate, sicchè malamente si confonderebbe *l' exequatur*, che il presidente dà ai compromessi, con provvidenze richieste e che si danno da' collegi.

» Attesochè le regole generali indicate per la efficacia delle sentenze e degli atti degli uffiziali stranieri non ricevono eccezioni, neppure nel caso che riguardano il solo interesse degli esteri e che le parti vi convengono: così non al proposito il tribunale ha ricordata la massima *ubi partes conveniunt cessat* ec. Avvegnacchè sempre, quando cotesti atti e sentenze riguardano beni siti in regno, non possono eseguirsi che *cognita causa* qualunque sia la intenzione delle parti. Deve specialmente vedersi se sieno stati ricevuti ed emesse regolarmente ; se sieno passate in cosa giudicata, e se il giudicato nell' estero, e l' esecuzione data all' estero siano o no contrari agli usi ed alle leggi del regno. Ciò si è trasandato; quindi la sentenza non può sussistere in faccia alla legge.

» Per le trascritte considerazioni, e ritenendo inoltre le osservazioni del procurator generale del re, nella sua requisitoria, la Corte suprema annulla nell' interesse della legge la denunziata deliberazione.

» Fatto, giudicato, e pubblicato alla udienza il suddetto dì 7 febbraio 1833.

Legislazione degli Stati esteri per la esecuzione de' giudicati di altro stato.

Comunque non possa disconvenirsi che sia principio del dritto pubblico universale, di dovere i magistrati del regno esaminare il merito della sentenza del magistrato estero pria di ordinarne la esecuzione, pure sarebbe desiderabile che una eccezione in ciò fosse fatta per gli affari commerciali.

Il commercio liga gli uomini de' diversi stati e li unisce per questa parte in unica società. La prosperità del commercio è la sorgente delle ricchezze, che non minorano in uno Stato commerciante per un giusto favore che si accordi in esso al commercio di un altro Stato. Or può dirsi essere unica per tutto l' orbe commerciante la legge che regola gli effetti legali delle operazioni di commercio; salvo poche eccezioni di usi di piazza, figli di circostanze speciali, che pur meritano di essere rispettate all' estero.

La esposta considerazione ha fatto desiderare che una reciprocanza fosse stabilita se non per le materie civili ristrettamente intese, intorno *alla parata esecuzione* de' giudicati pronunziati dai tribunali esteri sopra atti di commercio, colla semplice apposizione *del pareatis*, e riguardato solo se la sentenza concerna un atto di commercio.

Animati da questa idea, che han pure favorita in più ampia sfera i governi di alcuni Stati italiani hanno permessa la esecuzione de plano delle sentenze de' tribunali stranieri, e la corrispondenza diretta colle autorità giudiziarie di estero paese per la esecuzione de' giudicati, in materia civile, sotto alcune condizioni di forma, come raccogliesi da' seguenti loro atti.

I. NOTIFICAZIONE.

Dell' Imperiale Regio Governo di Milano.

» Sua Maestà I. R. A. con sovrana risoluzione degli 11 maggio 1818 comunicata dal Senato del Supremo Tribunale di giustizia di Verona, si è degnata di stabilire pel regno Lombardo-Veneto le seguenti norme, rispetto alla esecuzioione di sentenze pronunziate in estero stato;

§. 1. » Sopra le sentenze pronunziate in estero Stato e passate in cosa giudicata, i giudici del regno Lombardo-Veneto devono accordare l'esecuzione, sia che ne venga fatta la dimanda dalla magistratura estera o dal creditore stesso, quando però concorrono le seguenti condizioni:

1. » Che il giudice estero, in forza de' principi legali generalmente adottati, sia stato competente rapporto al reo convenuto; sul quale oggetto si possono in casi dubbi ricercare a lui stesso o alla parte le occorrenti maggiori dilucidazioni:

2. » Che la sentenza venga prodotta in originale, e che venga attestata o nella requisitoria del giudice che l'ha pronunciata, o mediante certificato di uffizio del giudice stesso, allorchè la dimanda di esecuzione è presentata dalla parte, essere la sentenza passata in cosa giudicata:

3. » La esecuzione ha luogo intanto solamente, in quanto anche alle sentenze de' giudici di questo regno venga in egual modo e senza veruna difficoltà data esecuzione da' giudici del paese in cui la sentenza fu pronunziata; ciò che però si presume sin tanto che non vi abbia un particolare motivo per dubitarne.

§. 2. Se il giudice di prima istanza non trova in tutti questi riguardi di difficoltà a determinarsi per la concessione o ricusa della esecuzione, egli dà corso da se solo alla domanda di esecuzione, senza ricercare le superiori istruzioni. Presentandogli poi de' dubbi su cui nemmeno le maggiori dilucidazioni ricercate previamente alla parte o al giudice estero valessero a tranquillarlo, può dimandare istruzione al tribunale di appello, il quale, secondo le cirostanze, gliela dà immediatamente, o sottopone gli atti al Senato Lombardo-Veneto del Supremo tribunale di giustizia.

§ 3. » In generale i giudici del regno Lombardo-Veneto non procedono mai d'ufficio per la esecuzione delle sentenze pronunciate nell' estero, ma unicamente secondo le generali prescrizioni del regolamento civile. Perciò è a carico del creditore di chiedere e di sollecitare i singoli gradi dell' esecuzione, di specificarne esattamente l' oggetto, di procurarsi ciò che sarà stato riscosso pel suo credito, e di costituire a tale uopo nel luogo del giudizio un procuratore pel caso di sua assenza; intorno alle quali cose il giudice lo istruisce, occorrendo, mediante decreto attergato alle sue istanze, o esprime i necessari rilievi nella responsiva al giudice estero. Se però questi nella requisitoria ha indicato con precisione l' oggetto da sottoporsi ad esecuzione, fa eseguire senz'altro quella disposizione che tende ad assicurare al creditore il diritto di pegno sull' oggetto medesimo.

§. 4. » In egual modo anche i giudici del Regno Lombardo-Veneto nelle cause presso di loro pendenti, devono ad istanza delle parti, col mezzo di lettere requisitorie, ricercare i giudici esteri, quando non sia già noto che sogliono essi ricusare ogni sussidio di giustizia.

§. 5. » Viene esercitata la più rigorosa rappresaglia pe' giudicati di quegli esteri che ricusano l'esecuzione delle sentenze pronunciate in questi Stati, o vi frappongono difficoltà in pregiudizio del creditore austriaco. A tal fine tutte le doglianze appoggiate a fondamento, che in prima o seconda istanza fossero state mosse da' sudditi di questi Stati contro le magistrature estere a motivo della ricusata esecuzione, vengono sottoposte al Senato Lombardo-Veneto del Supremo tribunale di giustizia, a cui spetta di dare le disposizioni adattate alle circostanze.

» L' I. R. Governo, in esecuzione dei superiori ordini, rende pubbliche tali disposizioni per comune intelligenza e norma. — *Milano 26 gennaio 1819 — Firmato — Il conte di Strasaldo presidente — Guicciardi vicepresidente — Bazzetta consigliere.* »

II. NOTIFICAZIONE.

Dell' Imperiale Regio governo di Milano.

Con sovrana risoluzione degli 11 maggio 1818 S. M. I. R. A. si è degnata di stabilire

le seguenti norme per la corrispondenza de'giudizi dell' Impero Austriaco in oggetto di loro uffizio colle autorità estere :

1. » Quelle autorità giudiziarie e que' magistrati i quali sono composti di più consiglieri approvati possono carteggiare direttamente in oggetti civili e criminali colle autorità estere di eguale rango, anche con quelle rescidenti nelle capitali. Queste regole valgono anche per le Pretore del regno Lombardo-Veneto e pe' giudici distrettuali di Sovrana nomina nel Tirolo, Varalberg, Salisburgo, e nel circolo dell' Ens e Hausruck.

2. » Alle altre giudicature è permesso di carteggiare direttamente colle estere autorità solamente in oggetti ove può essere pericolo nella mora. Fuori di questi due casi devono essi far colà pervenire le loro requisitorie col mezzo del tribunale di appello.

3. » Il carteggio colle autorità estere di differente rango deve sempre farsi col mezzo del tribunale di appello, ove pressante pericolo non richieda particolare sollecitndine.

4. » Rispetto a quegli Stati esteri ove il carteggio co' giudici austriaci e l' accettazione di requisitorie sono permesse alle autorità, soltanto sotto particolari restrizioni e forme, si continuerà il modo di carteggio finora usato, fino a tanto che, mediante comune concertazione, verrà stabilito altrimenti.

» Colla presente Ordinanza vengono abrogati gli Aulici decreti degli 11 agosto 1806, 16 settembre e 19 decembre 1807; non che la circolare del tribunale di appello di Venezia del 5 agosto 1815, e quella del governo di Milano del 22 maggio 1816 in quanto riguardano il carteggio delle istanze giudiziarie in oggetti civili e criminali : restano poi ulteriormente in pieno vigore le prescrizioni emanate intorno alla consegna de' delinquenti.

» L' I. R. Governo, in esecuzione de'superiori ordini, rende pubbliche tali disposizioni per comune intelligenza e *norma* — *MILANO 26 gennaio* 1819 — *Firmato* — *IL CONTE DI STRASSALDO Presidente* — *GUICCIARDI vice presidente* — *BAZZETTA consigliere.*

NOTIFICAZIONE DEL GOVERNO PONTIFICIO.

Ercole della S. R. C. Cardinale Consalvi, Diacono di S. Maria ad martires, della Santità di Nostro Signore Pio VII, segretario di stato.

» Persuasa la Santità di Nostro Signore che sia dell' interesse comune de' governi di prestarsi la mano, acciò vicendevolmente le cose giudicate riguardanti i dritti e gl' interessi dei privati, conseguiscano il più sollecito e pieno compimento, ci ha ordinato CON ORACOLO DI VIVA VOCE di prescrivere in suo NOME le norme da osservarsi ne' tribunali dello Stato, rispetto all' esecuzione de'giudicati de' tribunali esteri.

1. » Si ammette l' esecuzione de' giudicati emanati da' competenti tribunali esteri nelle cause profane contro laici d'appresso la requisitoria de'tribunali suddetti, che li hanno pronunciati, qualora dall'attore ne sia fatta l'opportuna dimanda, e sieno osservate le seguenti disposizioni.

2. » Emergendo un dubbio sulla competenza del tribunal civile, il cui giudicato deve eseguirsi, il tribunale eseguente potrà ricercare dal tribunale estero le necessarie dilucidazioni, e nel caso che queste non sieno bastanti a dileguare l' insorta dubbiezza, il suddetto tribunale eseguente dovrà dirigersi a Monsignor Uditore di Sua Santità per attendere la risoluzione.

3. » La sentenza dovrà esibirsi in copia autentica equivalente all' originale, le di cui firme sieno riconosciute da' rappresentanti del governo Pontificio nelle solite forme.

4. » Il giudice o tribunale requirente dovrà certificare, che la sentenza, di cui si tratta, sia passata in cosa giudicata.

5. » Sarà in arbitrio di chiedere la esecuzione della *reiudicata* o avanti il tribunale collegiato dell' A. C. in Roma, o avanti i tribunali civili di prima istanza delle rispettive Legazioni, e Delegazioni, ove deve farsi l' esecuzione.

6. » L' esecuzione si dimanderà per mezzo di semplice interpellazione da farsi alla persona, o al domicilio, se il reo convenuto è nello Stato ; altrimenti coi soliti mezzi dell' affissione, in forza della quale si permetterà l' esecu-

zione senza osservare formalità di giudizio, e per mezzo di un semplice *exequatur*.

7. » L'esecuzione sarà fatta a'termini della sentenza con quei modi, e con quelle forme, che sono prescritte nelle esecuzioni de' giudicati dello Stato.

8. » Il tribunale eseguente non potrà prendere veruna cognizione sul merito. Se mai però gli si presentasse un nuovo documento in forma autentica non contemplato nel giudicato, e che in parte, o in tutto perimesse l'azione ammessa, dovrà il medesimo sospendere l'esecuzione, ed avvertire il tribunale requirente dell' insorta difficoltà.

9. » L'esecuzione come sopra prescritta, ha luogo solamente quando i giudicati dello Stato Pontificio vengano in egual modo eseguiti ne' domini esteri: lo che però si presume fintantochè non vi sia particolare motivo per dubitare di tale reciprocanza.

10. » In conseguenza di ciò i tribunali dello Stato Pontificio nelle cause da loro giudicate devono, ad istanza delle parti, per mezzo di lettere requisitorie, ricercare i giudici esteri per l' esecuzione dei loro giudicati, quanto non sia già noto, che sogliono essi ricusare siffatto sussidio di giustizia. Data dalla segreteria di Stato li 11 marzo 1820. *Firmato.* ERCOLE CARDINALE CONSALVI.

In qual modo debbono adirsi i tribunali.

Secondo le regole generali del nostro ordinamento giudiziario, ad accordare o negare l' esecuzione ai giudicati ed agl'istrumenti formati in estero paese, è esclusa ogn'ingerenza, tanto da parte delle autorità estere, quanto da parte del governo rispettivo de' due Stati. È vietato alle autorità del regno di corrispondere colle autorità di estero paese direttamente in affari di giustizia. Per essi ogni interessato ha diritto di presentare *deplano* le sue dimande al tribunale, esibendo i titoli autentici che vuol fare eseguire nel regno per ottenere la giustizia che gli è dovuta, e la esecuzione nelle forme stabilite dal vigente rito giudiziario, e coi mezzi dalle leggi permessi, sia che le sentenze si producano con rogatoriali delle autorità estere, sia che in queste non si faccia uso delle autorità stesse.

Nell' adirsi il tribunale del regno per la esecuzione sul giudicato, devesi o pur no citare la parte contra cui vuol farsi la esecuzione? Sembra doversi ritenere l' affermativa, per le cose notate in principio di questo appendice. In sostanza trattasi di riportare in virtù della prima una novella condanna eseguibile nel regno, e poichè nell' intermezzo tra la pronunziazione della sentenza e la dimanda di esecuzione lo stato delle cose fra contendenti ha potuto soffrire alcun cangiamento, è giusto che una parte non venga sorpresa con una importuna esecuzione, che per arrestarla l' obbliga a lungo dispendioso giudizio.

Ciò però non toglie che il magistrato del regno, sulla istanza della parte, accordi provvedimenti provvisionali che possan convenire, e che sieno permessi dalle nostre leggi, onde assicurare gli effetti del giudicato da emettersi dalle intraprese del debitore per sottrarsene.

Quale sia il valore legale delle sentenze pronunziate ne' domini Turchi.

Come debbono considerarsi, in quanto all' esecuzione, i giudicati pronunziati nelle *scale del levante*, e negli altri tenimenti delle potenze turche, dalle potenze autorizzate a provvedere in giustizia i sudditi del regno a' termini dell' art. 5 del trattato del 1740 tra la sublime Porta Ottomana, ed il Real governo (1) il quale è tuttavia in osservanza?

(1) L'art. 5 del trattato del 1740, è così concepito. » Venendo ad insorgere lite o controversia contro » de' consoli ed interpetri di detto Serenissimo Re, » se quella eccederà la somma di quattromila *aspri* » in nessun tribunale delle provincie potrà sentirsi » e decidersi, ma dovrà rimettersi al giudizio della » *fulgida Porta Ottomana*: e similmente se i mercanti, ed altri sudditi del Re delle due Sicilie, od » a quelli che staranno sotto la sua protezione si » muoverà qualche lite, o controversia da' mercanti » sudditi della *fulgida Porta Ottomana*, per vendita, compra o negoziazione di mercanzie, o per » qualche altra causa, e si ricorrerà al giudice, se » alcuno de' loro Dragomanni non vi fosse presente » i giudici non riceveranno le denunzie, nè potranno decidere la causa; e se il loro credito, e » garentia non fosse ben provata, o con obbligazione o lista autentica, non saranno molestati per » le pretensioni del detto preteso debito contro la » giustizia. Nascendo controversia tra i mercanti » sudditi del Re delle due Sicilie, sarà esaminata » da' suoi *Consoli* ed *interpetri*, secondo le proprie » leggi, e solite costituzioni. Ed esigendo la ne-

Secondo l'art. 5 del cennato trattato conviene distinguere le controversie contro consoli ed interpetri del Re, ossia di uffiziali diplomatici o commerciali stabiliti ne' dominî ottomani; le controversie tra mercanti nazionali ed esteri, per atti di commercio; e le controversie tra negozianti napolitani, o di altra nazione.

Le *prime*, è stabilito, dover essere decise da' tribunali del luogo se non eccedono il valore di 4000 *aspri*, e dal *Divano* se eccedono questa somma. Le *seconde* debbono decidersi da' magistrati turchi i quali possono giudicarne solo quando l'azione è fondata sopra *obbligazione* o *lista autentica*. *Le terze* sono decise da' Consoli ed Interpetri del regno e secondo le nostre leggi.

In tutti gli enunciati casi sembra potersi ritenere che essendosi per lo trattato riconosciuta la giurisdizione nel modo in essa espresso, debbono li loro giudicati meritare tutta la esecuzione ne' modi permessi in regno senza esame nel merito della lite., e sol che i tribunali riconoscano regolare, ai termini del trattato stesso, la forma del giudicato e la procedura.

Della efficacia degli Arbitramenti fatti all' estero.

Se invece di un giudicato di un tribunale estero emesso secondo le forme giudiziarie, si esibisca per la esecuzione un arbitramento, potrebbe a questo accordarsi esecuzione *de plano*? Non è dubbio che gli arbitri sono giudici eletti dalle parti, e che perciò i loro giudizi li obbligano ne' termini del compromesso. Ma non pertanto sembra non potersi strettamente attenere a questo principio, e doversi distinguere se l'arbitramento abbia preso forma esecutiva secondo le leggi del luogo ove è stato pronunziato, ovvero no.

Se l'arbitramento è rimasto in forma di nudo atto degli arbitri, in tal caso sembra che un arbitramento formato in estero paese non possa ricevere in regno la forma esecutiva chiedendosene l'ordinanza di *esecutorio* al Presidente del tribunal civile o al giudice del circondario, secondo la rispettiva competenza. L'art. 1096 delle leg. di proc. prescrive che la sentenza degli arbitri per aver esecuzione deve depositarsi da un degli arbitri, e rendersi esecutoria dall' autorità giudiziaria della provincia *ove è stata profferita*. Essendo stata la sentenza profferita in estero paese, l'arbitro non può far deposito nel regno, e l'autorità giudiziaria non può renderla esecutoria per difetto di giurisdizione.

Se però il compromesso e la sentenza arbitrale originale fosse accettata sotto firma privata o autentica dalle parti, allora il laudo avrebbe forza di un titolo privato, di cui si chiederebbe l'adempimento giusta la legge.

Se poi l'arbitramento abbia presa la forma legale, come giudicato dell' autorità giudiziaria, rientra nella regola generale del modo di dare esecuzione in regno ai giudicati de' tribunali esteri.

Tutto ciò non potrebbe applicarsi agli arbitramenti fatti ne' dominî della *Porta Ottomana* fra nazionali. Per le cose notate di sopra sembra che quegli arbitramenti dovessero meritare la loro esecuzione in regno, poichè eseguendosi il giudizio arbitrale colla interveuzione della Legazione napolitana, l' ordinanza di esecuzione si rilascia da quell' incaricato di affari sulla minuta della sentenza arbitrale che nell' uffizio della Legazione si deposita.

Come si possa ottenere all' estero la esecuzione di un giudicato del tribunale del regno.

Secondo le cose narrate di sopra, non essendo riconosciute in regno le rogatoriali e le dichiarazioni dei tribunali di essere una sentenza passata in giudicato, è chiaro che non possa questo mezzo osservarsi.

Nelle occasioni simili si è veduto però le parti interessate ricorrere al Ministro della giustizia; e questi al Ministro degli affari esteri, il quale per le vie diplomatiche ha interessato il governo dello Stato ove dimandasi la esecuzione, perchè vi avesse provveduto. In questi uffizi si è avuto cura di rilevare tutto ciò che poteva concernere la efficacia legale del giudicato, in quanto alla sua esecuzione secondo le leggi del regno.

Ed in vista di cotesti uffizi si è veduto ac-

» cessità, si procederà nell' istessa maniera, per li
» sudditi, e mercanti, dell' Impero Ottomano, che
» si troveranno ne' dominî del Re delle due Sicilie.»

cogliere e secondare le istanze delle parti innanzi delle autorità giudiziarie estere per la esecuzione delle sentenze di questi tribunali secondo le leggi del regno.

Così si è voluto praticare ad occasioni di giudicati tra il *principe di Lequile* ed il *Duca di Corigliano*, da eseguirsi contro costui nel Ducato di Genova nel 1825, e ad occasione di giudicato tra negozianti *Giovanni Grazioso* e *Domenico Crisciuto* da eseguirsi nello Stato Pontificio nel 1832. (1)

(1) Sarebbe desiderevole che, mercè trattati speciali un metodo più agevole sia adottato che, mentre rispetti la indipendenza della sovranità legale, agevoli la esecuzione degli atti giudiziari per l'adempimento de' contratti fra le parti ovunque stipulati o causati.

Esecuzione di ordini del magistrato in materia penale contro delinguenti.

Il fin quì cennato concerne le materie civili. Nelle materie penali, sembra che il bisogno reciproco degli Stati di garentire la propria tranquillità, li rende più pieghevoli a secondare tra loro le persecuzioni de'malfattori, dando esecuzione ai mandati o alle inchieste delle rispettive autorità giudiziarie comunicate per le vie diplomatiche, tanto per la istruzione dei processi, quanto per la *estradazione* de' colpevoli di reati comuni rifuggiti in uno Stato estero.

Tra lo Stato Pontificio che è limitrofo al regno e le autorità locali di esso è pure permessa la corrispondenza diretta per oggetti penali.

Fine del 3. Volume.

QUISTIONI AGGIUNTE

TITOLO XVI.

Degl' incidenti.

ART. 337 + 431.

[1265 ter. *Un tribunale di eccezione può forse conoscere degl' incidenti che elevansi in una lite pendente dinanzi a lui, quantunque per loro natura escono dalla sua competenza?*

La competenza *ratione personae*, non essendo di ordine pubblico, cede facilmente al bisogno ed al vantaggio di far giudicare unitamente due controversie le quali hanno la stessa sorgente. Epperò, ancorchè l'attore non abbia il suo domicilio nella giurisdizione del tribunal civile dinanzi al quale egli conviene il debitore, costui può validamente elevare contro il primo un incidente relativo ad una obbligazione personale e farlo giudicare dal tribunale il quale deve conoscere della causa principale. Ma non così della competenza *ratione materiae*, la quale com'è di ordine pubblico non soffre affatto eccezione. (*Ved. la quist.* 771 bis §.1). Siffatta osservazione ci porta naturalmente alla soluzione negativa della presente quistione, soluzione già consacrata con due arresti della corte di cassazione del 28 maggio 1811 (*Sirey*, *t.* 11. *p.* 261) riportati da Favard, approvandoli, t. 2. p. 557.]

[1268 bis. *Puossi formare una dimanda incidente quando si verifichi una parità di voti?*

Pigeau, *Comment.* t, 1, p. 598 e 281 avvisasi per la negativa: 1. perchè ha dovuto terminare ogni istruzione nel momento in cui ha avuto luogo la sentenza di divisione, e che la causa debbe presentarsi innanzi ai giudici per dirimere la parità di voti nello stesso stato in cui trovavasi allorchè si verificò una tal parità; 2. perchè il fatto della parità è un avvenimento estraneo alle due parti che non dee recar loro alcun nocumento o vantaggio; 3. perchè la sentenza esiste in una delle due opinioni divise, perciocchè il giudice chiamato deve scegliere fra esse, e la sentenza sulla parità non fa che decidere in quale delle due opinioni risiede la sentenza relativa alla controversia.

Noi adottiamo siffatta opinione, conseguenza necessaria di quelle ammesse sotto i numeri 443, 444 e 493 *quater*].

[1268 ter. *Un tribunale sarebbe forse competente a pronunziare su di una dimanda riconvenzionale, sol quando la stessa avesse per iscopo una compensazione?*

Toullier, t. 2, n. 396 e seg. sostiene l'affermativa in una saggia discussione. Carrè, come abbiam veduto sopra, ed ancora nelle sue *leggi della competenza*, n. 251, non adotta la restrizione apportata da Toullier alle dimande riconvenzionali. D'accordo con Pigeau, t. 1, p. 375 n. 383, egli dice, che la riconvenzione è ammessa ogni qualvolta è di natura tale da influire sulla dimanda principale, imperocchè dovendo modificar questa, restringerla, o annientarne gli effetti, essa costituisce la difesa a siffatta dimanda principale.

A noi sembra doversi seguire questa opinione: infatti sol quando la dimanda riconvenzionale è interamente estranea alla dimanda principale, l'interesse della giustizia esige ch' esse sieno separate, affinchè l' una non sia di ostacolo all' altra; ma allorchè vi ha connessità, le due parti hanno interesse onde l' istruzione delle due cause abbia luogo nello stesso tempo e dinanzi gli stessi giudici].

[1268 quater. *Una dimanda di garentia può forse intentarsi sotto la forma di una dimanda*

incidente, con atto di patrocinatore a patrocinatore, contro una parte la quale diggià trovasi in causa?

La giurisprudenza non ci dà alcun lume su tale quistione, la quale molto meno va trattata dagli scrittori. Ma sembraci doversi risolvere per l'affermativa. In primo luogo lo scopo principale propostosi dalla legge, trattando della eccezione di garentia, si è quello di fare che l' appello del garante non cagionasse il menomo possibile ritardo alla sentenza sull' azione principale. E non si vien forse a secondare le sue mire, sostituendo la forma ordinaria della citazione all' atto di patrocinatore a patrocinatore? Da un altra banda il garante non potrà dolersi di molta precipitanza, poichè trovandosi già in causa, reputasi conoscerla a fondo, ed esser pronto a difendersi su tutti gl'incidenti che possono insorgere. Finalmente la dimanda di garentia rientra perfettamente nella definizione data dagli scrittori alle dimande incidenti. Essi ammettono come tali, e Carrè stesso lo dice nei preliminari di questo titolo, le dimande che hanno colla dimanda principale una evidente connessità; or qual maggior connessità di quella che esiste tra due controversie, una delle quali è impegnata nello scopo di garentirsi dagli effetti dell'altra? La legge n' è così persuasa che cogli art. 59 e 181 † 151. 275 esige che queste due dimande sieno giudicate nello stesso tribunale, ancorchè la seconda fusse stata intentata con citazione separata, contro un individuo non giudicabile, per ragion del suo domicilio, dal tribunale innanzi a cui pende la prima. (*Ved. la nostra quist.* 1265 *bis.*)

In conseguenza la dimanda di garentia fatta sotto la forma di dimanda incidente, contro una delle parti in causa, dev' essere ammessa senza difficultà, come lo sarebbe l'appello incidente prodotto da una parte appellata contro dell' altra. (*Ved. la quist.* 1575)

All' indarno direbbesi che il patrocinatore della parte così chiamato in garentia non essendo istruito su questo incidente, sarà obbligato di dimandare un differimento; poichè ciò appunto accade per ogni dimanda incidente che la parte non avea potuto anticipatamente prevedere.]

ART. 338 † 432.

[1268 quinquies. *Possonsi fare successivamente più dimande incidenti?*

L'affermativa è certa e risulta implicitamente dal testo dell' art. 338. Infatti quantunque la legge per evitare gl' imbarazzi, le lungherie e segnatamente le spese degl'incidenti vigila affinchè tutte le dimande incidenti sieno formate nel medesimo tempo, essa non dice che nel caso d'inosservanza di tal regola, queste dimande saranno rigettate, ma dichiara soltanto che non si potrà ripetere le spese: e questa è la sola pena da lei pronunziata. Bisogna eziandio osservare esservi due casi nei quali non s' incorre nella detta pena; il primo si è quando la causa della seconda dimanda incidente è nata dopo la prima; il secondo verificasi allorchè la prima dimanda incidente è una eccezione, e la seconda parimenti è una eccezione, ma di una classe ulteriore, tal che secondo le stesse disposizioni della legge, esse debbono successivamente proporsi. Ma eccettuati questi due casi, le spese di dimande incidenti tardivamente intentate non debbono entrare in tassa. Così si avvisa Pigeau, Comment. tom. I. p. 598, *in fine*, e 599, e Demiau pag. 247. Boitard, tom 2, p. 5 divide ancora la stessa opinione, ma eccettua il caso previsto dall' art. 1246 del codice civile il quale dispone che tutte le dimande non giustificate intieramente per iscritto debbono formarsi col medesimo atto; e qualora tali specie di dimande sieno incidentemente formate, vi ha vera decadenza rispetti a quelle che non vennero comprese nel primo atto.]

ART. 339 † 433.

[1270 bis. *L' interesse che può avere la corporazione dei notari o dei patrocinatori affinchè non sieno compromessi i dritti di uno dei suoi membri, autorizza forse le camere di detta corporazione ad intervenire nelle controversie relative alla tassa? Lo possono forse allorchè un patrocinatore è in lite con un altro uffiziale, e revindica un dritto, un emolumento, una prerogativa che gli vien contrastata, precisamente quando tale litigio verte tra un patrocinatore ed un usciere rispetto ad un dritto di copia di documento?*

Questa quistione fu esaminata da Billequin (*Giorn. dei pat. t.* 51 *p.* 618) ed ecco come egli si esprime:

Su questa grave quistione, la quale non è ancora uniformemente risoluta dalla giurisprudenza, esistono molte decisioni giudiziarie

che vietano l'intervento della camera dei patrocinatori : 1. perchè per intervenire in giudizio vi bisogna un interesse diretto ed attuale; 2. perchè i tribunali non possono pronunziare per vie di disposizioni generali e di regolamenti ; 3 perchè l'intervento non farebbe che intralciare la procedura ed aumentare le spese. (*Vedi il Giorn. dei pat. tom.* 41, *p.* 80 *ed* 88, *tom.* 46, *pag.* 110, 114 *e* 115, *le sentenze dei tribunali di Toul*, *di Meaux e di Nimes* , *e le decisioni delle corti di Parigi e di Nancy* , *in data de'* 9 *febb. e* 25 *luglio* 1833 ; *Sirey* , *t.* 33 , *p.* 119 e 532).

Per quanto speciose sieno queste ragioni , possono forse prevalere sulla disposizione sì generale del decreto de'13 frimajo? Il tribunale di Versailles non lo ha affatto pensato, e in una specie identica a quelle da noi sopra indicate, ha creduto dover ammettere l'intervento, senza avere, malgrado ciò, pronunziato per via di disposizione generale e di regolamento. (*V. la sentenza dei* 13 *luglio* 1832, *Giorn. dei pat. t.*44, *p.*47) Del resto la stessa opinione fu sostenuta da Vatimesnil, nella causa Miro (*ivi t.* 44, *p.*87,) e fu seguita senza alcuna controversia in molte cause risguardanti i commissari-apprezzatori , i sensali ed i notari , specialmente dal tribunal civile di Gueret , ai 12 luglio 1842 (*Ivi t.* 54 , *p.* 63.)

» In quanto a noi , crediamo che allorquando l'interesse degli intervenienti in causa è sufficientemente giustificato , quantunque non sia nè diretto nè attuale, l'intervento debba essere ammesso ; sembraci soltanto che in questo caso le spese dell'intervento devono cedere a carico della camera la quale dimanda di prestare appoggio al patrocinatore in causa ed accorrere in suo ajuto. In tal modo svaniscono tutte le objezioni e tutti gl'interessi sono conciliati ».

Noi dividiamo questa opinione del nostro stimabile collega , e dobbiam risolvere per l'affermativa, siccome fece la corte di Parigi ai 25 agosto 1821 (*Sirey t.* 34 , *p.* 495), la quistione tendende a conoscere se il notaro nominato membro della camera con una deliberazione dell'assemblea generale, possa intervenire sulla dimanda di nullità di tale deliberazione formata dal pubblico ministero ; e secondo una decisione della stessa corte dei 15 giugno 1833 (*Sirey t.* 33 , *p.* 339 ; *Rolland de Villargues*, *effetti commerciali*, *n.* 4 , *Vendita di mobili n.* 16 ,) crediamo parimenti che la compagnia dei notari possa opporsi alla esecuzione dell'ordinanza del presidente del tribunale che prescrive la vendita di un effetto commerciale mediante il ministero di un commessario-apprezzatore, nel mentre i notari pretendono aver essi il dritto esclusivo di procedere a tal vendita.

Il fallito, abbenchè spogliato dell'amministrazione dei suoi beni a causa del fallimento , ne resta nulladimeno proprietario ; epperò egli ha il maggiore interesse a sorvegliare nei giudizi relativi alla vendita di tali beni , per evitare le frodi o le negligenze di cui potrebbe divenir la vittima , e per conseguenza può essere ammesso ad intervenire in detti giudizi in cui i sindaci rappresentano molto più i suoi creditori che lui stesso , il che appunto fu giudicato da tre arresti della corte di cassazione dei 19 aprile 1826, (*Sirey t.* 23 *par.* 1 , *p.* 198), 21 novemb. 1827 , (*Sirey t.* 28 , p. 185) ed 8 maggio 1838 (*Sirey t.*38, *pag.* 549) e da una decisione della corte di Pau, dei 21 feb. 1821. (*Dalloz t.* 15, *p.* 222.)

In tal modo giudicavasi sotto l'impero dell'antico codice di commercio , il quale senza alcuna restrizione pronunziava puramente e semplicemente , col suo art. 442 , che il fallito perdesse il possesso dei suoi beni; ed a maggior ragione deciderebbesi lo stesso oggidì, poichè l' art. 443 della novella legge, nel mentre è uniforme al detto art.442, e dispone che non potrà intentarsi alcun' azione se non a favore o contro i sindaci , aggiunge che il tribunale, allorchè lo giudicherà conveniente , potrà ammettere il fallito come parte interveniente in causa.

Essendo l' interesse dei minori affidato alle persone dalla legge incaricate dell' amministrazione dei loro beni , ne siegue che tali persone sono sempre ammesse ad intervenire nelle cause risguardanti i minori , purchè però non oltrepassino i limiti delle loro attribuzioni legali. Quindi il tutore surrogato può intervenire in ogni giudizio in cui i dritti dei pupilli sono in opposizione con quelli del tutore (*Colmar*, 9 *agosto* 1819 , *Dalloz* , *t.* 18 , *p.* 364) ; e reciprocamente il tutore può intervenire nel giudizio impegnato dal tutore surrogato in nome del minore , sia che abbia dei dritti personali connessi , sia che agisca soltanto per proteggere il suo pupillo. (*Cas.*

17 *maggio* 1818, *Sirey*, *t* 19, *p*. 121.) Parimenti l'intervento di un membro di un consiglio di famiglia in una domanda di nullità della deliberazione che nomina un tutore è sufficientemente autorizzato dalla sua qualità di zio del minore (*Lione*, 15 *febbrajo* 1812; *Sirey t*. 13, *p*. 289), ed il tutore nominato può intervenire nel giudizio di omologazione della deliberazione, quantunque non abbia fatto parte del consiglio. (*Angers*, 29 *marzo* 1831, *Sirey*, *t*, 21, *p*. 62.)

Per analogia il notaro incaricato in un inventario per rappresentare una persona non presente può intervenire sull'incidente relativo a tale operazione. (*Colmar*, 11 *novem*. 1831 *Sirey t*. 33, *p*. 353).

E finalmente per esaurire tutto ciò che la giurisprudenza e la dottrina han riferito sulla presente quistione, dobbiam dire che tutti gli scrittori convengono che un dritto non ancora verificato costituisce nulladimeno un interesse sufficiente per autorizzare l'intervento di colui che lo attende nel giudizio in cui questo dritto potrebbe esser compromesso; e tale risoluzione deriva dal principio dell'art. 1180 + 1133 del cod. civ., secondo il quale il creditore condizionale è ammesso a fare tutti gli atti conservatorî. In tal modo opinano Pigeau, *proc. civ.* all'art. 2 del cap. sull'*intervento*, Favard, t. 3, p. 119, n. 1 bis, Merlin, § 1, n. 3 bis, Dalloz t. 18, p. 139, n. 16, e Thomines n. 399.]

[1270 ter. *Lo qualità di creditore di uno delle porti in cousa bosto forse per for ammettere un intervento? A carico di chi andrebbero le spese di tale intervento?*

L'art. 1166 del cod. civ. accordando a'creditori la facoltà di esercitare tutt'i dritti ed azioni del loro debitore, taluni scrittori ne conchiusero che il creditore poteva intervenire in tutte le cause in cui figura il suo debitore per vigilare affinchè fosse adoperata una energica e legittima difesa, avendo egli interesse che i dritti del suo debitore sieno riconosciuti. Ma non sembraci risultare una simile conseguenza dalle parole dell'art. 1166, le quali sembrano applicarsi esclusivamente a' casi in cui il debitore trascuri di esercitare i suoi dritti, o colludesi col suo avversario in danno del creditore.

E poi quale necessità vi è di ricorrere al principio racchiuso nell'art. 1166 per decidere la presente quistione? V'ha forse legge alcuna la quale abbia mai segnato un limite alla capacità dell'interveniente? Indubitatamente di no; e quindi non gli si può a *priori* prescrivere alcuna condizione.

Basta, secondo noi, che egli possa giustificare un interesse qualunque in fine della controversia per esser ammesso il suo intervento; importando poco d'altronde la natura di tal interesse, nato o da nascere, futuro o attuale, certo o probabile, distinto da quello del suo debitore o pur confuso; il creditore il quale vorrà intervenire, non dovrà mai temere che gli si opponga la proibizione di un testo legislativo, o di un principio di dritto, perciocchè non esiste sulla materia.

Spetterà dunque a'tribunali di valutare in ciascuna specie, col loro potere discrezionale, se l'interesse allegato è reale o supposto, e se l'intervento del creditore abbia uno sco, o legitimo o vessatorio: spetterà ad essi di reprimere ogni tentativo contrario all'equità, ed accogliere tutti quelli che sarebbero fatti sotto le vedute di un interesse beninteso.

Tale sembra esser l'opinione di Merlin, il quale così esprimesi, alla parola *intervento*, §. 1. n. 3. bis.: «Non può dubitarsi che per *prevenire* qualunque collusione tra il suo debitore e l'avversario di costui, o anche la trascuragine che il primo potrebbe mettere nella difesa de' suoi dritti, un terzo ha la facoltà d'intervenire nel giudizio intentato tra l'uno e l'altro; il che appunto, per un raso particolare, ma per un motivo applicabile a tutt'i casi, espressamente dichiara l'art. 882 + 802 del codice civile.»

Ridotta a tali termini la quistione, è chiaro ch'essa non è più che una quistione di fatto, che appartiene a' giudici di ciascuna causa decidere a norma delle circostanze. Quindi non è da far le meraviglie se trovansi decisioni in senso opposto; poichè ciò non solamente deve succedere, per la ragione che non possono le circostanze esser sempre le stesse; ma anche perchè lo studio di siffatte decisioni non presenta veruna importanza per la teoria.

Ma dimandasi a carico di chi cederanno le spese dell'intervento del creditore?

Nel sistema di coloro che non ammettono l'intervento se non quando è necessario per prevenire le frodi, o supplire alla trascuragine del debitore, sembraci dover cedere a ca-

rico della parte succumbente, o almeno a peso di colui il quale col fatto proprio ha dato causa all'intervento.

Ma coloro i quali, adottando la nostra teoria, dichiarano completamente illimitata la facoltà d' intervenire, decidono che il creditore interverrà a proprie spese, tutte le volte che lo praticherà per semplice misura di prevenzione, e senza che il suo intervento sia giustificato dal bisogno di prevenire le frodi, o di difendere i suoi interessi compromessi da coloro che se n'erano incaricati siccome l'art. 882 espressamente dispone nel caso da esso previsto, disposizione che la corte di cassazione applicò al 27 agosto 1838 (*Sirey*, *tom.* 38, *pag.* 810), non solamente rispetto all' importo degli atti che notifica il creditore interveniente in un giudizio di divisione, ma benanche per le spese di notificazioni fatte a lui stesso di tutti gli atti di procedura.]

[1270. quater. *In un giudizio di espropriazione forzata, uno de' creditori può forse intervenire sulla dimanda di nullità di sequestro formata dalla parte sequestrata contro il sequestrante?*

Che sì: e tal'è l'opinione di Merlin, Repert. alla parola *pignoramento degli immobili*, §. 6, art. 2, tom. 30, pag. 220, il quale fonda il suo parere sopra un arresto della corte di cassazione del 26 dicembre 1820 (*Sirey*, *tom.* 22, *pag.* 36), che decise positivamente avere i creditori iscritti il dritto d' intervenire finchè non sia terminato il giudizio di spropriazione forzata. Nello stesso modo posteriormente giudicò la Corte di Pau ai 21 febbraio 1824 (*Dalloz*, *tom.* 15, *pag.* 227) e la Corte di cassazione ai 19 luglio dello stesso anno. (*Vedi Merlin*, *Repert. alla parola Intervento*, § 1, *n.* 6, *tom.* 16, *pag.* 19; *Dalloz*, *tom.* 24, *pag.* 410; *Sirey*, *tom.* 24, *pag.* 270.) Nulladimeno la Corte di Tolosa ha preteso che l'intervento de' creditori non era ammissibile, perciocchè la loro individuale presenza nel giudizio di espropriazione forzata era inutile, essendo eglino rappresentati dal creditore istante, il quale è il loro legale mandatario. Ma Merlin non approva un tale motivo. Non perchè un creditore vien rappresentato dal suo debitore nella causa sostenuta da costui, e non perchè egli in conseguenza non è ammissibile a formare una opposizione di terzo alla sentenza che termina questo giudizio; si ritenne, egli dice, che sia inammissibile ad intervenire sino a che la lite è indecisa. Perchè dunque sarebbe diversamente per un creditore iscritto in una procedura di espropriazione forzata? Ma ciò, si risponde, avviene per la ragione ch' egli può farsi surrogare a'dritti del creditore istante. Lo può, senza dubbio, ma solamente allorchè vi ha per parte di costui collusione, frode o negligenza, ciocchè non sempre è facile provarsi. Per lo che da questa facoltà concessagli dalla legge non si può contro all'intervento dedurre alcuna conseguenza. (*Art.* 722†807 *C. di P.*) Daltronde è certo in dritto, che il privilegio concesso da una legge speciale non vieta a colui cui fu accordato di ricorrere al beneficio della legge generale. In conseguenza, bisogna dire che il dritto particolare di dimandare la surrogazione non è affatto un ostacolo all' esercizio dell' intervento, il quale è di dritto comune, e che non può esser rifiutato, siccome abbiam detto nelle due precedenti quistioni, a colui che ha un interesse qualunque nella causa. La circostanza di esser egli rappresentato da uno di coloro che sono già parti nella causa, non sarebbe per lui una esclusione. E d' altronde questo è un principio che agevolmente potrebbe venir combattuto nella specie. In effetti i creditori non hanno interessi identici con quelli del creditore istante; ed all' opposto facilmente si scorge che siffatti interessi possono urtarsi, e divenire contrarî gli uni agli altri, particolarmente allorchè trattasi di creditori ipotecari il di cui grado è soggetto all' iscrizione.

Che se il creditore istante è uno de' primi iscritti, poco gli cale che l' immobile sia portato al suo vero valore, purchè venga pagato il suo credito. Rispetto ancora a'creditori chirografari, se trovansi i mezzi per assicurarli su' loro interessi o in certo modo vantaggiarli, potrebbesi facilmente ottenere de' favori che pregiudicherebbero i loro concreditori. Adunque i diversi creditori non posson considerarsi sufficientemente rappresentati da uno tra essi nelle procedure di espropriazione, e dovrebbero quindi aver la facoltà d'intervenirvi per tutelare i proprî dritti, anche quando si volessero stabilire per siffatto intervento altre condizioni differenti dall'esistenza di un interesse qualunque. Ma siffatta richiesta sembraci illegale, essendo sufficiente un possibile interesse; e certamente non puossi negare che questo interesse non esista relativa-

mente al creditore nel giudizio di espropriazione de' beni del suo debitore.

Tali ragioni indussero la Corte di Parigi a decidere il 18 agosto 1808 (*Dalloz*, *tom.* 18, *pag.* 181) che allorquando la sentenza la quale ordina la vendita non fu renduta coll' assistenza del creditore, e che costui non vi abbia prestata la sua acquiescenza, può, se egli è iscritto, intervenire nella contestazione: la Corte di Nancy il 18 dicembre 1826, ammise un creditore ipotecario ad intervenire in un giudizio impegnato tra il suo debitore ed un altro creditore ipotecario, relativamente alla cancellazione della iscrizione di quest' ultimo: e finalmente la Corte di Colmar, ai 26 luglio 1833 (*Sirey*, *tom.* 34, *pag.* 168), la quale concesse all' aggiudicatario il dritto d' intervenire nel giudizio impegnatosi tra il sequestrante ed il sequestratario sulla conversione del sequestro in vendita volontaria. Del rimanente ogni qual volta ha luogo un intervento in una procedura di pegnoramento d'immobili, deve sospendersi l'aggiudicazione diffinitiva fino alla discussione dell'appello prodotto avverso la sentenza la quale accorda l'intervento. In tal modo giudicò la Corte di Brusselles con decisione del 19 giugno 1823. (*Gior. di B.* 1824 *part.* 2, *p.* 27.)

Allorchè la vendita volontaria d'un immobile gravato d' ipoteca è impugnata da un terzo, può il creditore, se il prezzo stipulato è insufficiente per covrire il suo credito, intervenire benanche nel giudizio per far dichiarare la vendita puramente e semplicemente nulla. Nè può esser allontanato sotto il pretesto che se la vendita venisse a dichiararsi valida, sarebbe sempre a tempo di farlo con una offerta maggiore. Il creditore iscritto, nel caso di una vendita volontaria, ha la stessa facoltà di presentare una offerta maggiore, come nel giudizio di espropriazione forzata, allorchè addimandasi la surrogazione al creditore istante. L' una non può dunque, più che l'altra, fare ostacolo all'intervento. Tal' è l' opinione testuale di Merlin, alla parola *intervento*, §. 1. *n* 3 *bis*., uniforme ad una decisione della corte di Brusselles del 15 giugno 1822, riportata dal detto autore e che trovasi benanche nel Giorn. di B. t. 2, del 1822, pag. 161.]

[1270 quinquies. *Debba ammettersi la dimanda d'intervento di colui il quale non essendo parte, e non avendo alcuno interesse nel giudizio, credesi offeso nelle memorie notificate, oppure nell' aringhe?*

Bisogna risolvere siffatta quistione mediante una distinzione che l'art. 23 della legge del 17 maggio 1819 ordina di fare tra le ingiurie risultanti da fatti inerenti alla causa, e quelle fondate sopra fatti estranei alla stessa. Rispetto alle prime, il detto articolo, avuto riguardo al dritto della difesa, dispone ch'esse giammai daranno luogo ad alcuna azione per diffamazione; in quanto alle seconde, esse potranno dar adito, sia all'azione pubblica, sia all'azione civile delle parti, allorchè loro sarà stata riservata dai tribunali, sia, in tutt' i casi all' azione civile dei terzi.

Senza dubbio questo articolo non pronunzia direttamente l'ammissibilità dell' intervento dei terzi nel giudizio, il cui procedimento ha dato luogo all'ingiurie delle quali essi si lagnano; ma indicandoci in quali casi questi terzi possono o pur no intentare un azione separata e principale in linea di riparazione, ci fa evidentemente conoscere i casi in cui non debb' essere ammesso il loro intervento in causa. Dappoichè è chiaro che colui al quale la legge non accorda l' azione diretta, non avrà, a maggior ragione, il dritto di esercitare per mezzo dell' intervento siffatta azione, che neppure gli appartiene nelle condizioni ordinarie.

In tal modo dopo la legge del 1819 non dovrebbe ammettersi l' intervento dei terzi i quali credonsi offesi, se i fatti di cui dolgonsi erano utili a rivelarsi per l'interesse della causa; perchè in simile circostanza non avrebbero il dritto d'intentare un azione separata per la riparazione, siccome giudicò la corte di Cassaz. ai 23 novembre 1835. (*Sirey t.* 36, *p.* 314).

Ma pria di siffatta legge, allorchè non esisteva la distinzione da essa introdotta, quando i terzi potevano sempre dolersi con azione principale dei fatti ingiuriosi, pertinenti od estranei alla causa, che producevansi dinanzi al tribunale in cui pendeva la lite; ed ancor dopo di aver avuto vigore detta legge, allorchè, trattandosi di fatti estranei alla causa, l' azione civile separata è sempre loro permessa, dimandasi se il dritto d' intervento nel giudizio in cui i fatti sono stati prodotti debbe loro benanche appartenere?

La corte di Rouen alla quale presentossi

due volte siffalla quistione nell' intervallo di pochi giorni, giudicò differentemente. Nella prima decisione del 25 marzo 1807 (*Dalloz*, *tom*, 18, *pag*. 1861) trattavasi d' ingiurie dirette contro uno degli avvocati della causa, e la corte ammise la sua dimanda per la riparazione formata coll' intervento. Nella seconda decisione del 29 novembre 1808 (*Sirey*, *tom*. 12, *pag*. 2081) non era un avvocato, ma una persona interamente estranea alla causa, la quale credeasi offesa; e la corte non accolse il suo intervento.

È difficile conciliare siffatte due decisioni, quantunque la corte fossesi adoperato di farlo dicendo che, nella prima specie, la parte interveniente essendo un avvocato della causa, offeso relativamente alle sue funzioni, costituiva ciò un delitto pretoriale, di cui conoscer dovea il tribunale dinanzi al quale fu commesso; ma non sembra che tale circostanza, abbia dovuto congiare il principio e snaturare la quistione. Tale almeno si è l'opinione di Merlin, Repert. tom. 30, pag. 222, e seg., il quale avvisasi che le due decisioni avrebbero dovuto esser uniformi, val dire, che in amendue i casi, l' intervento dovea esser ammesso. » È principio di dritto, egli dice, che *continentia causae dividi non debet*, ed in conseguenza la connessità esistente tra le due cause è un motivo sufficiente per attribuire la conoscenza dell'una al giudice il quale conosce dell'altra; or nulla di più connesso quanto la causa nella quale sonosi arrecate ad un terzo imputazioni oltraggianti, e la dimanda dello stesso per la riparazione degli oltraggi; nè vi ha tribunale il quale sia più alla portata di valutare tali imputazioni, e giudicare se le medesime eccedano o pur no i limiti di una giusta difesa, quanto quello dinanzi a cui una delle parti le ha pronunziate. »

Non perchè, nella seconda specie, l' interveniente non limitavasi soltanto a conchiudere affinchè fosse stata soppressa la memoria stampata, ma dimandava inoltre il pagamento de' danni ed interessi, bisognava dichiarare inamissibile l'intervento. Ed in vero, se l'art. 1036†1103 del Cod. di P. non accorda espressamente a'giudici che debbono conoscere della causa nella quale furon stampate le memorie calunniose, il dritto di pronunciare su i danni ed interessi, almeno non glielo nega; e la corte di cassazione giudicò, ai 22 novembre 1809 (*Sirey*, *tom*. 10, *pag*. 88) che tal potere loro apparteneva, risultando virtualmente dal dritto di dichiarare gli scritti calunniosi.

Nulladimeno Favard, tom. 3, pag. 119, approva la decisione impognata da Merlin. Quel che maggiormente fa rilevare Favard, si è che qualunque sia la sentenza da emettersi, essa non può mai recar danno a'dritti ed alle azioni del terzo calunniato il quale avrà sempre il dritto di dimandare la riparazione delle ingiurie di cui si duole, ma dovrà, secondo il detto scrittore, agire con azione principale.

Ma non è meglio che il tutto sia terminato con una sola decisione? Daltronde qual tribunale secondo Merlin, è più a portata per giudicare un delitto di oltraggi, quanto lo è quello che ne fu testimone?

La corte di Grenoble, con decisione de' 5 aprile 1827, in conseguenza di questa teoria, avea ammesso l'intervento di un terzo diffamato, ma il 9 agosto 1828 dichiarò all' opposto inamissibile un tale intervento, adducendo per solo motivo di non dover essere ammesso alcun intervento se non per parte di coloro i quali avrebbero dritto di fare opposizione di terzo. Finalmente ai 28 gennaio 1832 (*Sirey tom*. 32, *pag*. 644) rimase ferma nella sua ultima giurisprudenza, rigettando l'intervento, formato da' periti ad oggetto di ottenere la soppressione delle memorie ingiuriose, prodotte nella causa la quale avea dato luogo alle loro operazioni. Comunque sia, il parere di Merlin, ch' è benanche il nostro, fu consacrato dagli arresti della corte di cassazione del 3 brumaio e 5 messidoro anno X (*Sirey*, *tom*. 7, *pag*. 1016) 18 pratile e 18 messidoro anno XII (*Sirey*, *tom*. 4, *pag*. 188), e 16 aprile 1806, ed incolcato da Thomines a n. 989 e 1272 e da Boitard, tom. 2, pag. 8.

Da ultimo, una decisione della corte di Tolosa, del 13 marzo 1839 implicitamente ha accolta la stessa teoria, ammettendo l' intervento del terzo, ed accordandogli il pagamento dei danni ed interessi; ed un' altra decisione della stessa corte del 7 novembre 1838 (*Sirey*, *tom*. 38, *pag*. 875) ammetteva l' intervento di un patrocinatore che pretendevasi offeso dalle memorie della parte avversa (*Ved. la Quistione* 1681 *ter*.)]

[1270 sexies. *Una parte la quale non ha dritto d' intervenire può nulladimeno ottener*

atto di una dichiarazione che essa fa in giudizio?

Ai 16 maggio 1812 la corte di Rennes pronunziossi per la negativa, gindicando che un individuo il quale ha ricevuto un atto di appello per un parente non può costituire patrocinatore, onde conchiudere perchè siagli dato atto della sua dichiarazione di ritrattare l'accettazione dell'appello.

Ma li 16 luglio dello stesso anno, in una specie identica, essa decise l'opposto.

Senza criticare siffatta ultima decisione, noi opiniamo non doversene desumere alcuna conseguenza, dappoichè verosimilmente la stessa fu l'effetto delle circostanze di fatto.

Per regola generale, le sentenze emettonsi soltanto nell'interesse delle parti le quali figurano nel giudizio, ed in esse solamente bisogna riconoscere il dritto di conchiudere e dimandare atto delle dichiarazioni che possono fare. Andrebbesi incontro a gravissimi inconvenienti permettendolo a' terzi. Indipendentemente dagli imbarazzi giornalieri che un tal sistema introdurrebbe all'amministrazione della giustizia, a quanti danni e sorprese non esporrebbe la coscienza de' magistrati! Siam guardinghi nel concedere tali agevolezze al cavillo.]

[1273 bis. *Le parti che ricevono la notificazione di un intervento possono forse rispondere a tale atto? In qual termine?*

Esse possono rispondere; 1. perchè la difesa è di dritto naturale; 2. essendo l'intervento una dimanda incidente, debb'esser permesso di rispondervi, secondo l'art. 337+ 431 §. 2; finalmente l'art. 341 + 435 dice che se l'intervento è da una delle parti impugnato, l'incidente portasi all'udienza; ed in qual modo la dimanda d'intervento può esser impugnata, se non mercè la risposta che ciascuna delle parti ha il dritto di farvi? Nulladimeno è necessario far osservare che non è lo stesso nella materia sommaria; in questo caso non è permesso rispondere per iscritto.

La nostra opinione è divisa da Lepage, pag. 222, Quistione 3, da Berriat sul titolo, e da Pigeau, *Comment.* tom. 1, pag. 600.

Relativamente a siffatta risposta, il codice di procedura civile non ha fissato termine, ma è facile scorgere che ciò non era necessario:

» Una dimanda incidente, dice Lepage, pag. 234, Quistione 4, *in princip.* va fatta tra le parti che hanno il patrocinatore in causa, adunque esse sono sempre pronte a rispondere reciprocamente agli atti di patrocinatore a patrocinatore. Se l'udienza, provocata da una delle parti, giunge pria che l'altra abbia risposto sull'incidente, la risposta sarà data verbalmente all'udienza, e se le circostanze richieggono un termine più lungo, il tribunale potrà accordare un differimento. » Simile ragionamento applicasi all'intervento, il quale è una vera dimanda incidente, anzi a maggior ragione, perciocchè, giusta l'art. 340, l'intervento non deve ritardare la sentenza sulla causa principale.]

[1273 ter. *Colui che interviene in un giudizio nel quale il convenuto non ha costituito patrocinatore, o in cui uno de' convenuti solamente è contumace, è tenuto forse a fargli notificare la sua dimanda d'intervento?*

» Fa d'uopo considerare, dice Lepage, » pag. 222, Quistione 2, che l'intervento è » una vera dimanda incidente, e che la parte » la quale non costituisce patrocinatore non » può prender parte a veruno incidente. »

Da ciò cotesto scrittore conchiude che l'intervento non può esser notificato che a' patrocinatori in causa; ma perchè negarsi a far conoscere al contumace il nuovo incidente il quale fa cangiare l'andamento della procedura? Non è forse possibile che tale circostanza lo determini alla pur fine a prender parte nel giudizio la cui durata è dal suo silenzio prolungata? Perchè non cercar di raggiungere siffatto scopo? Non bisogna obliare che il legislatore desidera segnatamente metter termine alle liti; ed appunto sotto tale aspetto fu autorizzato l'intervento: in conseguenza permettendo far notificare l'atto col quale un terzo interviene, alla persona o al domicilio di colui che non ha costituito patrocinatore in causa, si segue precisamente lo spirito della legge. E può francamente affermarsi che questo caso è più favorevole in paragone di tutte le altre dimande incidenti. Pigeau, *Comment.* tom. 1, pag. 600, vuole benanche, che si citi il contumace, che ottengasi una sentenza di riunione di contumacia, che gli si notifichi, e finalmente si citi di nuovo nel giorno nel quale sarà chiamata la causa tra le altre parti. Siffatta procedura superflua aumenterebbe di molto le spese, e potrebbe prolungare lungamente il giudizio principale: nè questo, secondo noi, è il voto della legge.

Sulla nostra quistione 621 *series* decidemmo che per le parole dell' art. 153 † 348 *parti citate*, non bisognava intendere che *le parti citate a richiesta dell' attore*, citate unitamente per lo stesso oggetto, colla stessa istanza. Quindi la procedura di riunione di contumacia non può esser ammessa nel caso attuale.]

[1273 quater. *Se la dimanda principale è dichiarata nulla, inammissibile o mal fondata, è necessario nulladimeno far dritto all' intervento ?*

Bisogna distinguere il caso in cui la dimanda principale è rigettata per motivi ricavati dal merito, da quello in cui è rigettata per ragion di nullità, o di un mezzo d'inammissibilità.

Nel primo caso, al quale riferisconsi le due specie giudicate dalla corte di Bourges il 2 aprile 1828 (*Sirey, tom.* 29, *pag.* 45) decidesi senza difficoltà, che una sentenza contraria alla dimanda principale non impedisce pronunziarsi sull' intervento. In effetti l' intervento di un terzo in un giudizio non ha sempre per iscopo di sostenere l'azione principale; ma tende sovente volte ad interessi particolari, e forma così un azione differente e nuova, donde bisogna conchiudere che se l' attore principale succumbe, il tribunale ha sempre l' obbligo di esaminare i dritti dell'intervento.

Ma se trattasi del rigettamento della dimanda principale per un motivo di nullità o per un mezzo d' inammissibilità, le opinioni son diverse.

Oppugnasi che l'intervento non può più sostenersi : chi dice *intervento* dice una causa introdotta incidentemente ad un' altra, la quale appoggiasi su questa come su di una base.

Ecco perchè la dimanda è sufficiente e regolare per farla sussistere, ed in qualche maniera innestarla al giudizio pendente. Ma se questa è dichiarata nulla o inammissibile, la conseguenza naturale di siffatta sentenza sarà quella di considerarsi come giammai esistita. Or se non avvi giudizio principale, può concepirsi intervento? Il secondo, che non sussisteva se non per effetto del primo, non deve seguir la sua sorte? Il mezzo della istanza, che sarebbe stato certamente regolare per elevare incidentemente l'uno sull'altro, può forse esser efficace, allorchè il secondo non può sostenersi che colle sue proprie forze? Può forse ritenersi valida una dimanda isolata allorquando non fu introdotta con atto di citazione? Siffatto sistema fu consacrato dalle corti di Poitiers ai 5 luglio 1826, e di Nimes ai 16 gennaio 1832, secondo le quali l' intervento in un appello diviene inammissibile allorchè l'appello è dichiarato nullo.

Ma, ai 16 luglio 1834 (*Sirey, tom.* 34 *pag.* 540) la corte di cassazione adottò l' opposta soluzione. Qualunque siasi, dicesi in quest'ultima opinione, la nullità o il motivo d'inammissibilità che potrebbe opporsi alla dimanda principale, questa non cessa di sussistere fino a che non fu pronunziata la nullità, o ammesso il mezzo d' inammissibilità. Nè l' intervento è anteriore a tali avvenimenti, esso segna l' epoca in cui la dimanda principale sussisteva ancora, un' epoca nella quale l' interveniente non altro faceva che usare del suo dritto adoperando una istanza. Puossi più tardi, ed in seguito di circostanze non prodotte dal fatto proprio, privarlo di questo dritto acquistato ? Gli si può rifiutare una sentenza la quale in origine egli avea regolarmente il dritto di attendersi?

Senza nascondere la importanza di siffatta quistione, crediamo poter adottare il parere della corte Suprema. E sull' applicazione dello stesso principio poggia la nostra soluzione, Quist. 1680.]

Art. 340 † 434.

[1273 quinq. *Quando la causa è nello stato di esser decisa, secondo la disposizione dell' art.* 340 ?

Secondo Berriat, pag. 768, not. 30, la causa è in istato di esser decisa quando è terminata ogni istruzione. Quindi si vede che queste espressioni *causa nello stato di esser decisa* non hanno lo stesso significato nell' art. 340 come nell' art. 342 e 345, al titolo della riassunzione d'istanza, quantunque anche per quest'ultimo caso noi diamo a queste espressioni, come può vedersi sulla nostra quist. 613 bis, un significato molto meno esteso di quello generalmente ad esse attribuito.

Ma qui debb'esser ancora più ristretto ; e la causa nello stato di esser decisa non sarà punto quella in cui il fossero date le conclusioni contraddittoriamente all'udienza utilmente indicata per le aringhe, ma sibbene quella nella quale la istruzione sarà completa, ed in cui non sarà più permesso alle parti principali di aggiungervi alcun' altra cosa.

La ragione di tale differenza è palpabile; ed infatti se non si permettesse d'intervenire in un giudizio in cui siansi date le conclusioni in contraddizione, ne risulterebbe che quasi mai potrebbe aver luogo l'intervento, perciocchè si è per la natura di tali conclusioni in contraddizione, che un terzo può esser istruito dell'oggetto della causa principale, e vedere se sia del suo interesse l'intervenirvi. Tal'è il motivo che determinò la corte suprema di Brusselles, nel suo arresto del 15 giugno 1822. (*Ved. Merlin, Repert*, *tom.* 23, *pag.* 177, *ed il Giorn. di B.*, 1822, *part.* 2, *pag.* 161.) Thomines, n. 788 e Boitard, tom. 2, pag. 10, emettono lo stesso parere.

Del resto, fu deciso dalla corte di cassazione, ai 17 gennaio 1826, che non si può essere più ammesso ad intervenire dinanzi alla sezione civile, allorchè le aringhe son terminate, ed inteso il pubblico ministero.

La decisione della corte di Rennes del 16 febbraio 1815 (*Dalloz*, *tom.* 24, *pag.* 421), la quale giudicò non potersi intervenire in un giudizio di espropriazione forzata tre giorni pria dell'aggiudicazione diffinitiva, non può spiegarsi se non pel motivo che gl'intervenienti proponevano de' mezzi di nullità contro l'aggiudicazione preparatoria, mentre che, secondo l'art. 735 + 819, doveano ciò praticare venti giorni almeno pria dell'aggiudicazione diffinitiva]

TITOLO XVII.

Delle riassunzioni d'istanze, e della costituzione di nuovo patrocinatore.

Art. 343 + 437.

[1279 bis. *Vi sono forse de' casi in cui una causa già in istato di esser decisa cessi di esserlo, ed in qual modo bisogna regolarsi allorchè si verifica siffatta circostanza?*

Secondo Demiau, pag. 250, una causa non è più in istato di esser decisa, quando vi è parità di voti fra i giudici nel decidere una controversia; perciocchè allora, ai termini dell'art. 118 + 212 del Codice di procedura, dovendo la causa novellamente discutersi innanzi ad un altro giudice chiamato dal tribunale per dirimere la parità, e l'aggiunzione di questo giudice potendo dar luogo ad una ricusa che può esercitarsi prima della discussione, basta soltanto questa facoltà perchè la causa cessi di essere in istato di decidersi finchè le parti non siano decadute dal dritto di poterla esercitare; epperò, se una di esse è morta, bisognerà citare gli eredi per la riassunzione d'istanza, perchè sieno a portata di esercitare da loro medesimi una ricusa che sarebbe appartenuta al loro autore, laddove fosse stato ancora vivente.

Il secondo caso nel quale una causa non è più in istato di esser decisa risguarda le cause istruite per iscritto: due circostanze possono in questo caso render necessaria una riassunzione d'istanza; 1. la parità di voti, nel qual caso bisogna applicare quanto or ora abbiam detto; 2. la morte del giudice relatore. Infatti l'art. 100 + 195 del codice di proc. civile esige che sia delegato uno de' giudici con ordinanza del presidente, e dietro istanza, la quale dovrà essere notificata alla parte o al patrocinatore tre giorni prima del rapporto. Or non è possibile adempiersi a questa formalità, se il patrocinatore o la parte sieno trapassate; perlochè sarà duopo riassumere l'istanza contro di essa o contro i suoi eredi. Siffatti principi, fondati sul vero spirito della legge, sono adottati da Dalloz, tom. 22, pag. 442, n. 3.]

[1279 ter. *Se di più parti citate, alcune abbiano assistite alla formazione delle narrative, ed altre siansi rendute contumaci, la morte di quest'ultime dà luogo alla riassunzione d'istanza?*

Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 605 e 606, ritiene ragionevolmente l'affermativa; ed in vero non può dirsi che rispetto alle parti le quali non han dato le loro conclusioni, la causa sia in istato di esser giudicata; epperò sarebbe ingiusto di passar oltre, allorchè, per cagione delle parti, sopravviene uno di quegli avvenimenti che secondo l'art. 344 rende necessaria una riassunzione d'istanza.

Ma bisogna forse decidere, colla corte di Bordò, 30 maggio 1826, doversi proseguire la causa rispetto alle parti le quali avessero assistito alla formazione delle narrative, senza attendere la riassunzione relativamente alle altre? Sembra risultare il contrario dal ravvicinamento delle soluzioni da noi date alle quistioni 613 bis e 629. Che se da una parte le narrative non debbono riputarsi formate, e la

causa in istato di esser decisa, se non quando vennero date le conclusioni all'udienza utilmente indicata per la discussione della causa; e se d'altra parte l'art. 153 † 247 è ritenuto applicabile sì alle sentenze contumaciali per mancanza di patrocinatore come a quelle pronunziate in contumacia di parte; ne siegue che nella proposta quistione dovrà darsi luogo ad una riunione di contumacia, e per conseguenza non potrà la causa decidersi in merito rispetto a coloro che hanno assistito alle narrative, se non quando le parti contumaci saranno state novellamente citate, sia nelle forme ordinarie, se la causa non ha cambiato andamento, sia nella forma di una riassunzione d'istanza, se essa fu posta fuori dritto.

Soltanto dopo tali formalità potrà giudicarsi; ma allora la sentenza sarà renduta in contraddizione di tutte le parti.]

[1279 quater. *Quando potrà riputarsi completa la istruzione per iscritto?*

Pigeau, Comm., tom. 1, pag. 606, insegna che la istruzione non potrebbe riputarsi completa, se dopo una prima produzione fatta da tutte le parti ne' termini stabiliti, esse non ne avessero fatta una novella; poichè, soggiunge questo scrittore, quantunque questa nuova produzione sia facoltativa, pur nondimeno finchè le parti possono far uso di un tal dritto, non è certo che il giudice relatore abbia fra le mani tutti gli elementi necessarî per compilare il suo rapporto; e siccome per questa seconda produzione non vi è alcun termine stabilito, ne siegue che fino a quando non ha avuto luogo, la causa non è in istato di esser giudicata, e quindi la morte di alcune delle parti darebbe luogo alla riassunzione d'istanza.

Noi però non possiamo credere esser tale il senso del nostro articolo: che se così fosse ne avverrebbe questa singolare conseguenza, cioè, che nel mentre una causa nella quale non si fosse fatta alcuna produzione riputerebbesi collo spirar de' termini in istato di esser decisa, non lo sarebbe poi quella in cui già avessero avuto luogo le prime produzioni: il che implicherebbe una evidente contraddizione. Perlochè, a nostro avviso, basta la esistenza delle prime produzioni perchè la istruzione sia riputata completa; ed abbenchè le parti abbiano la facoltà di aggiungerne altre, non è men vero che la legge suppone tutto terminato co' primi scritti di difesa e di risposta, per lo meno in ciò che riguarda lo stato di decisione della causa.]

Art. 344 † 438.

[1280 bis. *È forse necessario, che nel denunziare la morte della parte, il patrocinatore notifichi l'atto di morte?*

Il progetto dell'articolo in esame esigeva la notificazione dell'atto di morte; ma allorchè andò alla revisione, a queste parole furon sostituite quelle che oggidì compongono la disposizione dell'art. 344. Si considerò poter esser urgente di arrestare gli atti di procedura, e che spesso andrebbesi incontro ad un danno irreparabile, qualora per far ciò si avesse dovuto attendere la spedizione dell'atto di morte. Perlochè è sufficiente la semplice dichiarazione del patrocinatore, salvo l'azione de' danni ed interessi contro costui, se essa si trovi falsa, siccome avvisa Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 607.

Jousse elevava la quistione se sarebbero valide non solamente le procedure già eseguite, ma bensì la sentenza ottenuta dopo la morte di una parte non denunciata; e risolveva negativamente la seconda parte della quistione, poichè, egli dicea, sarebbe questa una sentenza *contra non existentem*. Noi però non crediamo potersi oggidì ammettere siffatta eccezione, essendo troppo generiche le espressioni usate dal nostro articolo.]

[1280 ter. *La rivocazione del patrocinatore, o la sua dichiarazione di non aver più mandato ad agire, darebbero forse luogo alla dimanda di novella costituzione, del pari che la sua dimissione, destituzione o interdizione?*

No senza dubbio, poichè secondo l'art. 75 † 169 del codice di proc. civile, una parte non può rivocare il suo patrocinatore senza costituirne un altro in sua vece; ed in caso di ommissione di questa nuova costituzione, le procedure fatte e le sentenze ottenute contro il patrocinatore rivocato e non rimpiazzato sono valide. Rispetto poi alla rinunzia fatta dallo stesso patrocinatore, fa d'uopo considerarla come la rivocazione pura e semplice: diversamente riuscirebbe troppo facile alla parte, che temesse il risultamento di una lite, di sospenderne la procedura, facendo dichiarare al suo patrocinatore ch'egli non agisce più per lei. Tal'è l'opinione emanata da noi nel commen-

tario alla Tariffa, tom. 1, pag. 345, n. 10, e ch'è divisa da Boitard, tom. 2, pag. 16.]

Art. 345 + 439.

[1283 bis. *Dovrebbesi forse riguardare come un cangiamento di stato la condanna di una parte ad una pena afflittiva, o la sua interdizione?*

Thomines, n. 394, scorge in tali circostanze piuttosto una perdita che un cangiamento di stato, assimilandole, rispetto alla loro influenza sul giudizio, ad una morte naturale o civile, e per conseguenza fa sorgere da esse la necessità di una riassunzione d'istanza, allorchè la loro esistenza fu giudiziariamente notificata alla parte avversa. Il motivo che fece distinguere il semplice cangiamento di stato dalla morte naturale non esiste affatto, egli dice, nel caso di condanna o di interdizione; il curatore o il tutore nominato possono è vero ignorare la esistenza della causa; ma non potrebbesi pretendere che dovessero esserne istruiti da coloro che sono incaricati di rappresentare, potendo il curatore essere lontanissimo dal luogo in cui il condannato sta espiando la pena, nè potendo il tutore sperare alcun chiarimento da un uomo che è in istato di demenza o d'imbecillità. E d'altronde come riguardare come parte un condannato a cui le leggi proibiscono di comparire in giudizio? Thomines, in sostegno della sua opinione, cita una decisione della Corte di Caen, pronunziata sopra una sua aringa, la quale giudicò che ogni sentenza con cui la moglie di un condannato ai lavori forzati aveva fatti regolare i suoi diritti contro di lui e de'compratori de'suoi beni, dopo eseguita la condanna, era nulla, ancorchè il giudizio si fusse incominciato prima della condanna. Per altro per quanto speciose sembrano le ragioni adottate da Thomines, noi crediamo che la generalità de' termini della legge non saprebbe prestarsi alla distinzione da questo scrittore stabilita.]

[1283 ter. *La vendita di un'immobile durante il giudizio a cui dan luogo le controversie reali di cui esso è l'oggetto, opera forse, nella persona del venditore proprietario di questo immobile, un cangiamento tale che non possa più continuarsi il procedimento contro di lui, e che bisogna citare il compratore riassumendo l'istanza?*

Noi nol crediamo, giusta l'art. 344+438 del cod. di proc., ed in vero il solo caso in cui, nelle cause le quali non sono in istato di decidersi, porta seco la sospensione degli atti di procedura, è la morte di una delle parti, la quale per altro fa d'uopo che sia notificata; or questo non è il caso che noi esaminiamo; tutto ciò che risulta dalla vendita che supponiamo, costituisce un cangiamento di qualità nel venditore, ma ciò non basta per farlo eliminare dal giudizio, poichè il cangiamento di qualità non è dalla legge annoverato tra le cause che interrompono gli atti di procedura; da un'altra parte, sebbene l'azione reale si sperimenti sempre sopra l'immobile, pure colui che l'esercita deve sapere contro chi la esercita, or la persona che gli è naturalmente indicata per risponderci è un attual possessore dell'immobile, e non può dipendere da costei vendendo l'immobile ad un altra persona, di sottrarsi al dritto reclamato. Epperò si continuerà legalmente la procedura contro il venditore, e la condanna pronunciata verrà per certo eseguita sull'immobile, chiunque ne sia il proprietario. Spetta al nuovo possessore dell'immobile d'intervenire in giudizio, ed anche, se lo stimi a proposito, assumere il fatto e la causa del suo venditore. Tal è l'opinione di Lepage, pag. 127, quistione 2. e di Delaporte, tom. 2, pag. 424. Nulladimeno questi due scrittori differiscono in ciò, che il primo avvisa potere il venditore dimandare di esser messo fuori causa, mentre che il secondo gli nega questo dritto, a causa delle spese fatte con lui, ed alle quali egli può essere condannato in definitivo; ma, egli soggiunge, può dimandare, restando presente, che null'altro siagli notificato, offrendo di pagare le spese fatte prima dell'intervento del compratore, nel caso in cui il suo compratore o cessionario venisse a succumbere. Noi ci uniformiamo a questo avviso.]

Art. 346 + 440.

1286 bis. *Una citazione di rassunzione d'istanza è validamente fatta nel domicilio indicato negli ultimi atti di procedura, e con i termini che comporta tale domicilio, se la parte non è stata legalmente istruita del cangiamento di domicilio operatosi in questo intervallo di tempo? Sono forse indispensabili le formalità ordinarie della citazione?*

La Corte di Parigi decise affermativamente la prima parte della quistione, a 17 agosto 1807. (*Dalloz*, *tom.* 23, *pag.* 446.)

Questa soluzione è fondata sul principio che non può una parte essere dichiarata risponsabile della inosservanza di una formalità che la negligenza o il silenzio del suo avversario l'ha impedita di adempiere; e tal principio fu precisamente consacrato in fatto di citazione.

Un gran numero di decisioni ritennero che nel corso di un giudizio poteano farsi le notificazioni all'antico domicilio, fintantocchè non fosse stato legalmente notificato il cangiamento avvenuto. Fu benanche deciso potersi fare una citazione ad un domicilio eletto da una parte in molti atti giudiziari, ancorchè avesse riseduta altrove. E se questo andamento è valido, quando trattasi dell'atto medesimo il quale dà incominciamento alla lite, e che apre l'istanza, a maggior ragione dev'esserlo rispetto a quello che non fa altro che riassumerla, perocchè finalmente la procedura che ha già avuto luogo, abbastanza avverte la parte di stare in guardia e la rende direttamente meno scusabile di aver messo in non cale quelle precauzioni che avrebbero potuto esentarla da una sorpresa.

Del resto tutte le formalità richieste dall'art. 61 non sono rigorosamente prescritte a pena di nullità per la citazione di riassunzione d'istanza; come per esempio, non è necessario che sia motivata, essendosi già spiegata la dimanda nella citazione introduttiva del giudizio. E così fu deciso dalla corte di Bordò a 25 agosto 1835.]

[1286 ter. *In qual tribunale deve farsi la citazione per la riassunzione d'istanza?*

Evidentemente in quello ove pende la istanza originaria, e per conseguenza se la causa è attribuita ad una delle camere del tribunale, la citazione di riassunzione fatta innanzi all'altra camera e la sentenza contumaciale che potrebbe seguirla, sono nulle; come infatti fu giudicato dal tribunale della Senna, 16 luglio 1835, e dalla corte di Lione, 22 luglio 1835; ma l'applicazione di questa regola ha presentata qualche difficoltà nella specie seguente.

Per pronunziare sopra una controversia che avrebbe dovuto portarsi innanzi al tribunale di Rocroy, due parti nominarono degli arbitri domiciliati nella giurisdizione del tribunale di Charleville, i quali ordinarono una perizia ed inviarono le parti al tribunale di Charleville per la nomina de' periti in caso che non convenissero sulla scelta di essi. Pertanto muore una delle parti; e dopo lungo tempo, i di lei eredi vengono citati per la riassunzione e per la nomina de' periti innanzi al tribunale di Rocroy. Questi, in virtù della sentenza arbitramentale, dimandano di essere inviate innanzi al tribunale di Charleville; ma la loro eccezione fu in prima istanza ed in appello rigettata dalla corte di Metz. Però poteva dirsi in sostegno di essa, che l'esecuzione delle sentenze arbitramentali appartiene al tribunale nella cui giurisdizione esse vennero pronunziate; e quindi l'istanze pendenti innanzi agli arbitri riputarsi essere pendenti innanzi al tribunale del domicilio degli arbitri.

La corte considerò che questa regola indicata dagli art. 120 e 121 del cod. di proc. non era affatto contenuta nella legge del 24 agosto 1790, sotto il di cui impero fu stipulato il compromesso, che gli arbitri non potevano attribuire ad un tribunale una giurisdizione che non avea ricevuta dalla legge, e che infine la riassunzione d'istanza è un'azione nuova la quale deve intentarsi innanzi a'giudici naturali.

Noi però preferiamo il motivo di non esservi in questo caso, propriamente parlando, riassunzione d'istanza, poichè giammai era stata intentata alcuna istanza innanzi al tribunale.]

[1288 quater. *In caso di morte di una delle parti, deve forse riassumersi l'istanza contro tutti gli eredi?*

Ai 29 maggio 1828 la corte di Besançon decise l'affermativa, desumendo il motivo dal perchè, laddove si citassero soltanto alcuni tra essi, non verrebbe per certo a rimettersi in causa la persona morale che rappresenta il defunto, ma sarebbe un continuare il giudizio fra parti le quali non sarebbero più le medesime, poichè soltanto tutti i successori del defunto, colla loro riunione, possono completamente rappresentarli.

Poco importa, si è detto, che gli effetti dell'azione di riassunzione sieno divisibili, in quanto che uno degli eredi può sottrarvisi con una eccezione personale, senza che l'altro ne possa profittare; (*vedi la decisione di Bordò de'* 13 *marzo* 1833, *Sirey*, *tom.* 34 *pag.* 288) poichè l'azione rimane sempre la stessa rispetto agli eredi siccome era rispetto al loro autore.

Questa decisione però non sembraci uniforme ai principî applicabili in materia di successione. Che cosa importa ad uno degli eredi che non vengono citati i suoi coeredi, purchè nel giudizio sia egli obbligato soltanto per la sua porzione virile? Dirà forse che i suoi coeredi avrebbero potuto far valere altre eccezioni? Ma, o queste eccezioni erano loro personali, o erano comuni a tutti; se erano personali, colui che reclama non ne avrebbe mai potuto profittare; se erano comuni, nulla impedisce che egli stesso le faccia valere.]

[1286 quinquies. *In qual modo si estingue l'azione di riassunzione d'istanza?*

Ai 24 vend. anno 12 (*Sirey, tom.* 4, *pag.* 64) la corte di cassazione decise che essa si prescrive col medesimo decorrimento di tempo dell'azion principale; tal chè se si tratti di un azione di rescissione impegnata con un' istanza che inseguito venne messa fuori dritto, bastano dieci anni a contare da quest'ultima epoca, senza citazione di riassunzione, per estinguere l'azione di riassunzione.

Nella quistione 1413, nel titolo della *perenzione*, noi stabilimmo che una istanza non è mai sottomessa ad alcun altra specie di prescrizione fuori di quella conosciuta in procedura sotto il nome di *Perenzione*; che quando un'azione ha una volta formata oggetto di un istanza, le regole di prescrizione decennale, trentenaria, o qualunque altra, a cui questa azione sarebbe stata naturalmente soggetta, non le sono più applicabili; che tale azione deve durare indefinitamente se la istanza di cui essa è l' oggetto non sia perenta.

Questa teoria può sembrare in opposizione all'arresto de'24 vendemiale. Pertanto è facile scorgere che la specie da noi proposta trovavasi in una posizione eccezionale.

La istanza che si dee riassumere non è per certo definitivamente annientata coll'essersi dichiarata fuori di dritto; ma essa non ha che una esistenza subordinata all' atto di riassunzione, e soltanto colla notificazione di quest'atto, l'istanza riprenderà la sua vita, la sua influenza. Finchè non ha avuto luogo quest'atto, il diritto della parte che ha l' obbligo di farlo, non poggiasi già sulla istanza medesima, ma sull' azione primitiva che n'era stata l'occasione. Epperò trovasi sottoposta alla prescrizione che avrebbe minacciata l'azione nel suo stato semplice e naturale.

Ma non bisogna però conchiudere che il modo di estinzione mediante la perenzione sia straniero a cosiffatta materia: poichè sarebbe lo stesso che rendere inapplicabile il secondo paragrafo dell'art. 397 † 490 del cod. di proc. civile. Uopo è concedere benanche questa risorsa al convenuto contro la esistenza troppo prolungata, abbenchè condizionale, della istanza interrotta: uopo è lasciargli quest'arma contro la eventualità di una riassunzione che dopo un lungo silenzio potrebbe essergli pregiudizievole.

Perlochè, sia che gli atti fossero cessati colla morte di una delle parti, o per la morte, dimissione o destituzione del suo patrocinatore, potrà dimandarsi la perenzione dell'istanza dopo il decorrimento di tre anni e mezzo. Ma siccome la perenzione non ha mai luogo di pieno dritto, fintantochè non ne sarà invocato il beneficio, l'altra parte potrà formare la sua dimanda di riassunzione d' istanza, o riassumerla essa stessa, se a lei spetta di farlo: salvo a dichiararsi inammessibile, laddove si fosse proposta posteriormente all' elasso del tempo sufficiente per prescrivere l'azione che dà luogo al giudizio.]

ART. 347 † 441.

[1288 bis. *Il legatario particolare dell' oggetto che diede luogo alla controversia può forse riassumere l'istanza?*

Pothier, *della proc. civ.*, parte 1. cap. 5 sez. 3. § 1. Ediz. Dupin, crede di no; poichè secondo lui, il legatario a titolo particolare può soltanto intervenire in giudizio. Ma al contrario Commaille, tom. 1, pag. 386, pretende che non possa praticarsi l'intervento, ed accorda invece il diritto di riassumere direttamente la istanza; tal'è ancora l' avviso di Pigeau, tom. 1, pag. 283, n. 408; ma questo ultimo scrittore vuole che pria di esercitarlo, il legatario abbia ottenuta la consegna dell' oggetto legato. Contro questa opinione potrebbe obbiettarsi che se si tratti della proprietà stessa dell'oggetto legato, gli eredi nel loro interesse dovranno rifiutarsi a consegnarlo; essendo possibile d'altronde che la giustizia ne abbia già ordinato il sequestro; da un altra parte la consegna non investe il legatario particolare delle azioni del defunto, ma queste si trasfondono soltanto agli eredi. E per questa stessa ragione

non possiamo ammettere il sistema di Commaille, poichè la riassunzione diretta potrebbe appartenere al legatario sol quando fosse surrogato ai dritti di una delle parti le quali figurano in giudizio. Epperò noi saremmo inclinati ad adottare il sentimento di Pothier, il quale opina che l'intervento è il solo mezzo di cui il legatario può in questo caso avvalersi. Difatti uopo è ch'egli possa mettere a profitto la liberalità del defunto e difendere l'oggetto contro tutte quelle pretensioni tendenti, sia a segregare il detto oggetto da'beni della successione, sia a diminuirne il valore; a quale oggetto, l'unico mezzo chè gli si presenta, in mancanza di un azione diretta, e solo l'intervento.

Gli è vero che l'intervento, assolutamente parlando, suppone una istanza la quale in questo caso non esiste, poichè si tratta di riassumerla; ma invece di farlo con un semplice atto, siccome è detto nell'articolo in esame, il legatario notificherà un atto di patrocinatore a patrocinatore con copia del suo titolo, con cui, dopo aver stabilito il suo interesse, conchiuderà affinchè piaccia alla giustizia del tribunale di ammetterlo ad esercitare per quel che lo riguarda le azioni del defunto, e ciò facendo, ritenendo la istanza come riassunta, ammetterlo per quanto fa di bisogno come parte interveniente in giudizio affinchè sia in seguito istruito di tutto il proseguimento della procedura.

Questo andamento, consigliato da Demiau, pag. 262 e 263, sembraci il più conveniente ad evitare qualunque difficoltà. Per altro rimarrebbe ancora una obbiezione, la quale potrebbe desumersi dal perchè, per riassumere regolarmente un istanza, fa d'uopo che gli eredi vi sieno presenti o sieno stati citati, ma nulla impedisce, siccome afferma lo stesso scrittore, che il tribunale pria di pronunziare sulla dimanda de'legatari, ordini che gli eredi saranno messi in causa dalla parte più diligente.]

Art. 348 + 442.

[1289 bis. *Si può impugnare la dimanda di costituzione?*

Pigeau, Comm. tom. 1. pag 614, si avvisa per l'affermativa, abbenchè la legge si taccia; e cita per esempio il caso in cui la causa sia perenta per effetto di prescrizione o di *altre cagioni*. Rispetto alla prescrizione, sembraci che essa non possa autorizzar la parte citata ad impugnare la dimanda di costituzione; poichè difatti la prescrizione non si applica di pieno dritto, ma è necessario opporla, e non potendosi far ciò se non per eccezione all'azione diretta dall'attore, così fa mestieri che la parte la quale crede essere assoluta facendo uso di un tal mezzo, costituisca un patrocinatore per esserne l'organo. D'altronde nella incertezza in cui trovasi se il suo dritto sarà o pur no combattuto, essa non può trascurare di procurarsi anticipatamente, nella persona di quest'uffiziale ministeriale, il solo rappresentante riconosciuto dalla legge. Pertanto vi sarebbe un caso in cui potrebbesi indubitatamente impugnare la *dimanda di costituzione*, cioè quello in cui gli eredi, a tale oggetto citati, avessero rinunziati alla successione. (*Vedi la quistione* 1290 *ed il n. CCXCI.*)]

Art. 350 + T.

[1293 bis. *La sentenza contumaciale di cui parla l'art.* 350 *del cod. di proc. nel caso che non sia stata eseguita fra i sei mesi da che si ottenne, è forse soggetta alla perenzione pronunziata dall'art.* 156+250 *dello stesso codice, rispetto alle sentenze contumaciali pronunziate contra la parte che non ha costituito patrocinatore?*

Noi abbiam già esaminata questa difficoltà nella *quistione* 641 quater, e 663.]

[1293 ter. *La sentenza contumaciale pronunziata sul merito, dopo la notificazione di una sentenza contumociale emessa sull'incidente di riassunzione d'istanza, sarebbe forse soggetta ad opposizione?*

Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 616, ritiene la negativa, fondandosi sul motivo che la parte contumace fu citata da un usciere delegato, e che perciò essa debb'essere trattata come quella la quale fusse stata novellamente citata dopo la riunione di contumacia. Noi però non adottiamo questa opinione.

La notificazione per mezzo di un usciere delegato, di cui parla l'art. 350, non è una citazione; e quand'anche ciò fosse, siccome essa non viene in seguito di una sentenza contumaciale sul merito, non può aver per effetto di togliere il dritto di opposizione contro la sentenza contumaciale che la seguirà.

Perchè mai, nel caso di una riunione di contumacia, la seconda sentenza reputasi pronun-

ziata in contraddizione? Si è perchè la prima, in forza della quale si è novellamente citato, era stata pronunziata sopra una citazione fatta ad oggetto di veder giudicare il merito, e per conseguenza questa è una seconda sentenza sull' istesso oggetto.

Ma nel caso in esame non si verifica lo stesso. Non solamente la prima sentenza fu pronunziata sulla riassunzione d'istanza, ma anzi fu pronunziata sopra una semplice citazione di riassunzione. Colui adunque che interverrà più tardi sul merito sarà il primo su questa materia; epperò bisogna che abbia il dritto dell'opposizione.

Finalmente noi abbiam visto al n. CCXCI che la sentenza di riassunzione dev' essere distinta dalla sentenza sul merito; quindi ne siegue che essa non può avere alcuna influenza sulla natura contradditoria o pur no di quest' ultima.]

TITOLO XVIII.

Della disapprovazione.

ART. 352 † 444.

[1296 bis. *In fatto di semplice polizia, può intentarsi un' azione di disapprovazione contro il mandatario incaricato di rappresentare l' imputato?*

No; poichè la procedura criminale poggia sopra regole particolari. Il Codice d'istruzione criminale non concede altro rimedio contro le sentenze, che il mezzo della opposizione, dell'appello o della cassazione, secondo le circostanze.

Ma ne siegue forse che l'accusato sarà ligato dalle confessioni del preteso mandatario? Noi crediamo doversi fare una distinzione: o l'imputato non avea dato alcun mandato, ed allora sarebbe troppo iniquo ritenere una condanna, quando non solo essa fu pronunziata fuori la sua presenza, ma ebbe bensì per fondamento delle confessioni che non partirono affatto da lui; in tal caso la sentenza è necessariamente contumaciale, ed è ammissibile la opposizione: o l' accusato riconosce aver dato mandato per essere rappresentato, ma si duole di avere il mandatario ecceduti i limiti; ed allora deve imputare a sua colpa l'aver malamente scelto: la legge lo autorizza a farsi *rappresentare*; donde segue che chiunque si presenta in nome suo non può farlo che munito delle facoltà necessarie per far le sue veci. Sarebbe infatti ridicolo che un mandatario comparisse innanzi ad un tribunale di semplice polizia, colla facoltà di rispondere *negativamente* a tutte le dimande del giudice; e ciò appunto si verificherebbe, pretendendosi che questo mandatario non avesse un pieno potere; allora l'imputato avrebbe soltanto un'azione di danni ed interessi innanzi ai tribunali civili. Tal'è il formale avviso di Favard, tom. 2, pag. 72 e 73, e del celebre Legraverend, nel suo Trattato della Legislazione criminale, tom. 3, pag. 264, n. 281.]

[1298 bis. *Per distruggere i fatti enunciati, bisogna forse disapprovare l' ufficiale ministeriale che fece quest' atto?*

Allorchè l' usciere in un atto di citazione enuncia fatti stranieri a ciò che è accaduto in sua presenza, non può dar loro il carattere di autenticità, poichè non sono del suo ministero; pertanto se essi sieno avvanzati dal mandatario dell' attore, la loro enunciazione reputasi l' opera di quest' ultimo, e per distruggerne l' effetto, bisogna necessariamente disapprovare l' usciere che li ha espressi. Tal' è l' opinione di Berriat, parte 2., nota 60.]

[1298 ter. *Il patrocinatore rivocato ma non ancora sostituito da altri può continuare ad agire senza esporsi alla disapprovazione?*

Secondo le regole del mandato ordinario, il mandatario non può più agire per lo mandante, tosto che gli fu notificata la rivocazione delle sue facoltà. Lo stesso deve dirsi rispetto al patrocinatore rivocato, e continuando gli atti di procedura contro costui, che non fu ancora da altri rimpiazzato, essi sono validi, poggiandosi questa eccezione al dritto comune sul motivo che la male fede sarebbesi servita di una rivocazione senza rimpiazzarla per ritardare una decisione che avrebbe ragion di temere; epperò nulla potrebbesi conchiudere da questa disposizione dell' art. 75 † 169 del codice di proc. civile, per pretendere che il patrocinatore rivocato, ma non rimpiazzato, potesse ancora esercitare il suo ministero; egli lo esercita *passivamente* e per la ragione da noi testè addotta; ma non può *agire*. Tal' è benanche la opinione di Demiau, pag. 72.]

[1301 bis. *Qual' è la natura e gli effetti di una costituzione di patrocinatore?*

Nelle quistioni 382 e 614 *bis* noi ci riserbammo l'esame di questa quistione nel titolo della *disapprovazione* : ecco qui il luogo opportuno per mantenere la nostra promessa.

Risulta da tutto il sistema del Codice, sul modo d' intentare e di sostenere le liti, di citare e di comparire innanzi ai tribunali, che la costituzione di patrocinatore altro non è, secondo lo spirito del legislatore, se non la comparsa all' udienza della parte medesima. Essa sostituisce perfettamente quella comparsa personale che fu dapprima, innanzi a tutt' i magistrati, e che l'è ancora oggidì innanzi ad alcuni, il modo più semplice e più naturale di rispondere alla chiamata contenuta nella citazione.

Allorchè alcuno intenta un'azione contro di me, viene a dichiararmi ch'ei vuol sostenere una data pretensione; ma nel tempo stesso mi cita a comparire innanzi all'autorità che deve ascoltare i nostri mezzi di difesa rispettivi e giudicarli. Se comparissi io stesso, siccome posso ben farlo innanzi ad un giudice di pace o ad un tribunale di commercio, io diverrei il direttore della mia difesa; essa mi apparterrebbe; e tutto ciò che avrei detto sarebbe tutto opera mia; nè potrei sfuggire alle conseguenze di cui il mio avversario avrebbe l' incontrastabile dritto di avvalersi.

Ma perchè il legislatore avrà creduto più prudente, più uniforme agl'interessi della giustizia di farmi rappresentare innanzi ai tribunali civili da un uomo esercitato nella direzione degli affari, ausato a far sì che il procedimento di essi vada secondo le regole ed il rito tracciato dalla legge, forse ha con ciò voluto che due individui fossero nel tempo stesso incaricati di seguire l' andamento del giudizio, talchè l'uno non potesse agire senza dell'altro? Che no; egli ha voluto mettere interamente al lato dello stesso litigante, ed in sua vece il patrocinatore, egli ha voluto che il rappresentato fusse personificato dal rappresentante, e che la finzione non desse luogo a dispiacersi della realtà.

Per consegnenza il patrocinatore potrà far tutto in giudizio, ed avrà le stesse facoltà che avrebbe avuto la parte medesima : sarà, in due parole, il vero *dominus litis*, le cui relazioni coll' avversario avranno gli stessi risultamenti, la stessa efficacia delle relazioni della parte medesima.

Questa verità, riconosciuta dalla corte di Besançon, alli 8 pratile anno 10 (*Giornale de' patrocinatori*, *tom.* 10, *pag.* 336), sarebbe assoluta, senza dar luogo ad alcuna restrizione, se ci attenessimo a' soli principî di dritto naturale che dettarono le regole della citazione, della comparsa e della costituzione di patrocinatore.

Ma siccome due posizioni non possono mai perfettamente rassomigliarsi, l' art. 352 è venuto a stabilire alcune eccezioni al potere quasi assoluto del patrocinatore. Esso ha indicato alcuni atti che costui non può fare senza un espresso mandato, indipendente dal mandato generale che riceve in forza della sua costituzione.

Eccoci dunque condotti a risolvere la quistione stabilita da Carrè n. 382, vol. 1, pag. 239. Basta affermare che la disposizione di cui ci occupiamo è eccezionale, per conchiudere di essere limitativa. Ecco ciò che decidono Carrè e Favard, tom. 2, pag. 73, n. 5, circoscrivendo la loro soluzione alla ipotesi in cui fosse stato dato al patrocinatore un mandato primitivo per seguire l' andamento del giudizio. Con questa restrizione, noi non vi ritroviamo nulla di riprovevole.

Ma se questo mandato non ha avuto luogo, se il patrocinatore si è costituito senz' averne ricevuto incarico dalla parte, s' intende già che in tal caso, qualunque sia l'atto o procedimento che ha avuto luogo, quegli nel cui nome fu fatto può sempre disapprovarlo. Imperciocchè il motivo che vieta la disapprovazione contro gli atti ordinarî, si è quello che essi reputansi compresi nel mandato generale *ad lites*, dato nel cominciamento del giudizio. Che se questo mandato non esiste, è chiaro che non può servir di base ad alcuna procedura. Perlochè in quest' ultimo senso, l' art. 352 non è affatto limitativo.

Nulladimeno Carrè sembra respingere la nostra distinzione, nella nota alla detta quistione 382, allorchè rispondendo a Demiau, egli dice, che se, contra ogni supposizione, un patrocinatore possessore di documenti a solo oggetto di dare un consiglio, obbliasse i suoi doveri a segno d' intentare un azione, la parte provando il dolo e la frode, avrebbe il dritto di ricorrere pei danni ed interessi. Ma che cosa accadrebbe allora se vi fosse stato errore e non frode, come nella causa Mar-

chais-Dussablon? (*Giorn. de' patr. tom.* 26, *pag.* 110). Epperò la nostra opinione fu divisa da Dalloz, tom. 9, pag. 107, n. 3, da Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 630, da Thomines, n. 403, e da Boitard, tom. 2. p.23.

Senza dubbio, generalmente parlando, basta la circostanza che i documenti della lite sieno nelle mani del patrocinatore per far credere di aver ricevuto un mandato per procedere. (*Grenoble*, 9 *dicembre* 1815, *e Bordò*, 31 *maggio* 1839; *Sirey*, *tom.* 39, *pag.* 408. *Vedi del resto la nostra quistione* 382.)

Ma questa regola non è senza eccezione Bisogna infatti che il patrocinatore abbia ricevuto i documenti dalla parte stessa e non già da una terza persona, siccome ai 29 gennaio 1822 fu giudicato dalla corte di Nimes, la quale nel tempo stesso decise che la presunzione del mandato risultante dalla consegna de' documenti può essere distrutta da una pruova contraria. (*Vedi la corte di Parigi*, 31 *gennaio* 1815, *Dalloz*, *tom.* 9, *pag* 120, *e di Lione*, 1 *aprile* 1824, *Sirey*, *tom* 25, *pag.* 103.)

Finalmente la corte di Liège ai 14 agosto 1835 (*Giornale di Bruss. tom.* 2 *del* 1835, *pag.* 522) giudicò non esservi luogo a disapprovazione contro il patrocinatore e l' usciere i quali fecero gli atti di un procedimento in grado di appello senza speciale mandato della parte pretesa appellante, ma secondo le istruzioni dell' avvocato in prima istanza, al quale non era stata a tal riguardo concessa alcuna facoltà.

Tutte queste decisioni evidentemente confortano la nostra opinione, la quale del resto è implicitamente abbracciata da Carrè nella quistione 1302.

È poi superfluo dire, siccome fa osservare Dalloz, tom. 9, pag. 109, n. 1, che per essere ammessa la disapprovazione, non basta che l' atto rimproverato al patrocinatore sia stato notificato senza mandato: ma bisogna eziandio dimostrare che questo atto abbia servito di base alla sentenza o alla decisione impugnata per mezzo della disapprovazione, e siasi benanche provato che senza di ciò sarebbe stato possibile di ottenere una diversa sentenza. Così appunto si espresse la corte di Besançon a' 31 luglio 1811 (*Dalloz*, *tom.* 9, *pag.* 114), ed ai 4 agosto 1808.]

[1301 ter. *Il patrocinatore il quale per negligenza o per dolo ho dolo causa ad una sentenza contumaciale contro di lui, deve forse essere disapprovato o semplicemente chiamato in garentia?*

Il patrocinatore che si è reso contumace non ha affatto agito, ed è nella indole dell' azione per disapprovazione che essa abbia per oggetto un atto, e per iscopo l' annullamento di quest' atto, come quello che fu fatto senza facoltà; epperò nel caso in esame la legge accorda soltanto un' azione di garentia contro del patrocinatore il quale, per sua negligenza, ha cagionato il danno sofferto dal suo mandante. Ma non bisogna confondere quest' azione con la disapprovazione: 1. Nel rito: essa deve esser diretta solamente contro l' uffiziale, purchè però l' avversario non sia stato complice della negligenza o del dolo, nel qual caso si può agire contro di lui; 2. ne' suoi effetti: la disapprovazione dichiarata valida annulla gli atti che ne formavano l' oggetto; l' azione di garentia produce i danni ed interessi, ma lascia sussistere la sentenza contumaciale, e tutti gli altri atti fatti a vantaggio della parte avversa; ma se quest' ultima fosse stata complice, potrebbesi contro la sentenza non solo far uso de' mezzi ordinari, ma bensì del ricorso per ritrattazione a causa di dolo personale. Questa dottrina è professata anche da Pigeau, Comm. art. 1, pag. 619, e da Dalloz, tom. 9, pag. 108, n. 3 *in fine*.

Queste ultime osservazioni applicansi parimenti al caso in cui l' azione di garentia avesse per iscopo un atto qualunque, suscettibile di essere l' oggetto di una disapprovazione, il che appunto fu ritenuto da Carrè nella quistione 1314.]

Art. 353 + 445.

[1306 bis. *Che cosa vi bisogna perchè un mandato sia sufficiente ad oggetto di formare una disapprovazione?*

Un mandato generale per trattare tutti gli affari del mandante non può certamente esser sufficiente per intentar validamente una disapprovazione; ciocchè appunto fu deciso dalla corte di cassazione al 1 febbraio 1820 (*Sirey*, *tom.* 20 *pag.* 346), applicando il testo formale dell' art. 353.

Ma potrebbesi forse considerare come un mandato speciale quello contenente la facoltà d' in-

tentare o di respingere un azione ? Si, perchè allora essendo diretta la procedura in nome del mandatario, trovasi in qualche modo egli stesso parte in giudizio, o almeno rappresenta il vero interessato per tutti gli atti e tutti gl'incidenti ai quali può dar luogo l'istanza. Tal'è l'opinione di Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 621 e di Dalloz, tom. 9 pag. 132, n. 2 Egli è nullameno prudente cosa enunciare nella procura i principali avvenimenti che possono presentarsi nel corso del giudizio, dando al mandatario un potere speciale.

Pigeau ragionevolmente aggiunge, che una procura generale di fare qualunque disapprovazione adempirebbe al voto della legge. Ed è questa la clausola che noi consigliamo d'inserire nel mandato ad oggetto di procedere per un' istanza giudiziaria.]

[1306 ter. *Lo omissione di qualche formolità prescritta dall'art.* 353 *per l' atto di disapprovazione porterebbe seco la pena di nullità ?*

Non essendo dalla legge pronunziata alcuna nullità, nè alcuna specie di decadimento, bisogna decidere con Thomines n. 404, che le irregolarità non produrrebbero alcun' annullamento, ammenochè non cadessero sopra una formalità essenziale; in tutti casi però potrebbero esser riparate fino alla pronunziazione della sentenza.

Perlochè, secondo questa opinione, potrebbe supplirsi sia alla costituzione di patrocinatore, sia alla enunciazione de' motivi e delle conclusioni non contenute nell'atto fatto in cancelleria.]

ART. 354 ✝ 446.

[1307 bis. *Dopo la sentenza, in qual modo deve procedersi per la disapprovazione, se sia formato nell'anno a dotare da detta sentenza?*

In tal caso la disapprovazione sarà fatta con azione principale, notificandosi la dimanda con atto di citazione diretto nel domicilio; il che appunto dichiara Favard alla parola *Disapprovazione*, tom. 2, pag. 75 e Lepage, pag. 232. Infatti non esistendo più l'istanza, le parti non sono più presenti, e non sarebbe più praticabile l'atto di patrocinatore. Pertanto Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 633 stabilisce una distinzione ed opina che, nel caso in cui il patrocinatore eserciti ancora le sue funzioni, egli deve agire per la disapprovazione, che il detto autore riguarda come la esecuzione della sentenza, fondandosi sull' art. 1038 ✝ 1115 del codice di procedura. Noi però crediamo esser questo un grave errore, perciocchè è impossibile considerare come la esecuzione di una sentenza, la dimanda di nullità di questa stessa sentenza; poichè dovrebbesi allora considerare anche come esecuzione la presa a parte ed il ricorso per ritrattazione: il che sembraci inammisibile.

La nostra opinione è divisa da Dalloz, tom. 9, pag. 33, n. 5.]

ART. 355 ✝ 447.

[1309 bis. *Se colui ch'è disapprovato è morto, bisogna forse notificar la disapprovazione a' suoi eredi collettivamente o individualmente ?*

Boitard, tom. 2, pag. 25, afferma che, non potendosi credere che il disapprovante conosca gli eredi del defunto, dovrebbe bastare una citazione collettiva per mettere i suoi eredi in causa, siccome il paragrafo 3 dell'art. 447 lo autorizza rispetto all'atto di appello notificato agli eredi di una parte appellata morta dopo la sentenza.

All' opposto noi crediamo con Pigeau, Com. tom. 2, p. 654 che l'eccezione dell'art. 447 ✝ 511 si allontana troppo dal dritto comune per potere estendersi al di là del caso per cui venne stabilita, e che sarebbe necessario una espressa disposizione per renderla applicabile al caso della disapprovazione.

Con qual fondamento potrebbe dirsi che il disapprovante reputasi non conoscere gli eredi del disapprovato, allorchè un creditore qualunque non sarebbe ammesso a prevalersi del beneficio di una eguale presunzione ?

Tal'è benanche l' avviso di Dalloz, tom. 9. pag. 133 n. 3.]

[1309 ter. *Allorchè la disapprovazione è diretta al patrocinatore medesimo il quale ha cessato dalle sue funzioni, è necessario forse notificargli nel tempo stesso una citazione ?*,

Pigeau, Comm, tom. 1, pag. 624, opina che le parole dell'articolo 355, *con atto di citazione*, applicansi al caso soltanto in cui la disapprovazione è notificata agli eredi, poichè costoro sono de' particolari che possono ignorare l'obbligazione che assumono per effetto dell'atto di disapprovazione a comparire per difendersi in un tal termine, innanzi a tal tribunale ec, ma che il patrocinatore stesso non avendo potuto perdere le cognizioni inerenti al suo stato

abbandonandolo, non vi è necessità di chiamarlo con atto di citazione, riputandosi sapere ciocchè deve fare non appena conosce la disapprovazione.

Noi crediamo questa opinione molto azzardata. Quantunque antico patrocinatore, colui contro al quale è diretta la disapprovazione non cessa di essere un semplice particolare, d'ora innanzi straniero alla causa nella quale un tempo ha agito, e che per conseguenza non può esservi chiamato se non secondo i modi ordinari e legali. Epperò una citazione alla persona o nel domicilio sembraci il solo andamento regolare, tanto rispetto al disapprovato che rispetto ai suoi eredi. Che se la redazione dell'art. 335 lascia a prima giunta supporre il contrario, si è unicamente a causa di un difetto di redazione che la interpetrazione della dottrina e della giurisprudenza debbono correggere. Dalloz, tom. 9. pag. 133, n. 3, divide questo nostro sentimento.]

Art. 356 + 448.

[2310 bis. *Quali sono le regole generali di competenza in questa materia?*

La competenza in materia di disapprovazione è regolata dagli art. 354, 356 e 458 del cod. di proc., la cui redazione non è affatto chiara, e merita perciò alcuni sviluppamenti.

Questi articoli suppongono due ipotesi: 1. quella in cui esiste una istanza pendente (*art.* 354 *e* 356); 2 quella in cui non vi sia alcuna istanza (*art.* 358).

Nella prima, bisogna formar la disapprovazione con atto di patrocinatore a patrocinatore, secondo l'art. 354; or sarebbe straordinario che un atto di patrocinatore a patrocinatore trasportasse innanzi ad un tribunale diverso da quello in cui pende la causa, una dimanda novella, le parti che figurano nella istanza principale, ed i patrocinatori incaricati a sostener la difesa; epperò dall'art. 354 implicitamente, ma necessariamente risulta che la disapprovazione sarà giudicata dal tribunale che deve conoscere della causa tuttavia pendente.

Ma il contrario sta espressamente scritto nell'art. 356: colà si legge: » Ancorchè la » causa penda in un altro tribunale (*e questa è* » *la nostra ipotesi*), la disapprovazione sarà sem» pre intentata al tribunale innanzi a cui sa» rà stata istruita la procedura disapprovata». Laonde, ammenochè non si voglia credere esservi fra questi due articoli una inammissibile contraddizione, bisogna supporre nello spirito del legislatore una distinzione, sebbene non sia testualmente scritta: in che consiste questa distinzione?

Secondo la forma prescritta dall'art. 354, ne siegue che in questo articolo si tratta della disapprovazione formata contro un uffiziale ch' è parte in giudizio, poichè si vede che la disapprovazione gli vien notificata con atto di patrocinatore a patrocinatore, modo di procedere usitato soltanto e praticabile fra i patrocinatori costituiti in un medesimo giudizio; perlochè l'art. 354 regola la disapprovazione relativa ad un atto che appartiene alla causa principale. Da un altra parte, ai termini dell'art. 356, la disapprovazione sarà denunziata alle parti del giudizio pendente, *le quali saranno citate in quello della disapprovazione*; epperò l'atto, oggetto della disapprovazione, non appartiene necessariamente a questo giudizio; imperocchè se *sempre* gli appartenesse, le parti interessate figurerebbero *sempre* in detta causa: esse non vi sarebbero chiamate, ma vi interverrebbero di dritto e come parti principali.

Laonde l'art. 353 regola un caso in cui l'atto disapprovato si suppone appartenere ad una causa tuttavia pendente; e l'art. 356 ne regola un altro in cui quest' atto è supposto straniero alla causa pendente. Facilmente adunque si comprende che la procedura dovea essere diversa nell'uno e nell'altro caso; e quindi sorge cotesta distinzione originata dall'indole delle cose, risultante implicitamente dalle disposizioni degli art. 354 e 356, che gli scrittori professano e che fa d' uopo ammettere, ancorchè non è espressa.

Da questa distinzione ne siegue che l' atto di cui parla l' art. 356, è un atto sul quale *non esiste alcuna causa*; poichè se vi fosse una causa tuttavia pendente, in questo caso sarebbe soltanto applicabile l' art. 354. « Laon» de, nel caso appunto in cui *non esiste al*» *cuna istanza* sull' atto disapprovato, sarà la » disapprovazione dedotta innanzi al tribuna» le in cui fu fatta la procedura disapprovata. » (*Art:* 536.) Pertanto stà scritto espressamente il contrario nell' art. 358 + 350 così concepito. » Allorchè la disapprovazione ris» guardi un atto *su cui non pende causa*; ne

» sarà portata l'istanza al tribunale del reo.» Il tribunale in cui *sarà stata fatta la procedura e quello del convenuto*, possono essere diversi: se fossero sempre gli stessi l'art. 358 sarebbe una ripetizione inutilissima dell'art. 359; ma se sono diversi, i due articoli sono in contraddizione, perchè l'uno (358) rinvia innanzi al primo tribunale la disapprovazione di un atto *sul quale non pende causa*, disapprovazione che l'altro (356) attribuisce al secondo. Questa nuova contraddizione esige dunque una nuova distinzione.

Che cosa è un atto su cui non pende causa? Esso è un atto sul quale vi è stata una causa già terminata o sul quale non vi è stata ancora alcuna causa. Ma in qual senso l'ha inteso l'art. 358? Nel secondo; ed in vero, 1. ammettere la prima interpetrazione, è lo stesso che far dire al legislatore una cosa tutta diversa ch'egli non ha precisamente detto, perciocchè l'art. 358 non parla già di un atto su cui non *pende più* causa; ed è lo stesso che far nascere tra gli art. 358 e 356 una contraddizione che non bisogna così facilmente supporre nella legge; e quindi qualunque altra interpetrazione è preferibile. 2. La seconda interpetrazione fa scomparire siffatta contraddizione, poichè l'art. 356 parla di una *procedura* e l'art. 357 parla di un *atto*; e questa differenza nella espressione ne suppone un altra nel pensiero; *la procedura* istruita suppone una causa, l'intero articolo la suppone già *terminata*, siccome ora dicemmo; laonde l'art. 356 parla di una procedura sulla quale non vi pende più causa; e l'art. 358 non dice già una *procedura*, ma un *atto* su cui non vi *pende* causa; trattasi adunque nel primo di un atto preceduto o seguito da un procedimento che vuolsi impugnare; nel secondo, trattasi di un atto *isolato*, stragiudiziale; epperò ammettendo siffatta distinzione non esiste più alcuna contraddizione; or le espressioni della legge la rendono presumibile; la contraddizione che esisterebbe senza di essa, la rende necessaria: Pigeau, uno de'compilatori del codice, l'insegna, e finalmente la ragione la consigliava al legislatore. Infatti il tribunale innanzi a cui fu istruita una procedura può meglio di ogni altro valutare gli atti che la costituiscono, e da ciò nasce l'art. 356; ma un atto stragiudiziale può egualmente giudicarsi da un tribunale qualunque; derogando l'art. 356 al principio generale, che concede il dritto al tribunale del convenuto di conoscere di qualunque azione, questa derogazione era utile, ma cessando di esserlo nel secondo caso, l'art. 358 ritorna al principio generale.

Noi abbiam creduto dover entrare in questi sviluppamenti, poichè non sembraci essersi gli scrittori spiegati in un modo soddisfacente sulla competenza della disapprovazione. Gli è vero che Pigeau, Comm. tom 1, pag 608, stabilisce l'ultima teoria, ma senza addurne alcuna ragione. Risulta da quest'ultima interpetrazione essere indifferente, rispetto alla competenza, qualunque distinzione tra la disapprovazione *principale ed incidente*; imperocchè se trattasi di un atto seguito da una causa già terminata, è applicabile soltanto l'art. 358, val dire che la disapprovazione *incidente*, se è dedotta nel corso di un altra causa, o *principale*, se è dedotta indipendentemente da qualunque altra causa, deve sempre giudicarsi dal *tribunale innanzi a cui fu fatta la procedura*, e che però l'art. 356 stabilisce un principio generale, e non già una regola particolare al caso in cui fosse dedotta la disapprovazione nel corso di una causa tuttavia pendente, siccome saremmo indotti a crederlo secondo il testo non poco oscuro di questo articolo. Bisogna benanche ritenere che la disapprovazione formata contro un atto *isolato*, val dire *sul quale non siavi stata alcuna causa*, dev'essere giudicata dal tribunale del convenuto, benchè la causa, nel corso della quale essa viene intentata, penda in un tribunale diverso; il che risulta dal motivo che l'art. 257 non è applicabile a siffatta disapprovazione.

Ed appunto applicando cotesta dottrina la corte di Douai, con decisione de' 26 febbraio 1820 (*Dalloz*, *tom* 9, *pag*. 139), rinviò innanzi la Corte di appello una disapprovazione principale dedotta contro un usciere, rispetto ad un atto di appello, val dire di un atto seguito da una istanza, quantunque l'usciere fusse patentato, e per conseguenza domiciliato presso il tribunale di prima istanza; e quantunque fusse nel tempo stesso dichiarato che l'azione di disapprovazione simultaneamente dedotta contro un patrocinatore di prima istanza e contro un patrocinatore in grado di appello debba dividersi, talchè la disapprovazione del primo sia intentata innanzi al tribunale di prima istanza, e quella del secondo direttamente innanzi la Corte; ed anche applicando

siffatta dottrina la Corte di Brusselles, con decisione del 24 marzo 1810 (*citata da Carrè*) (*Dallaz*, *tom.* 9, *pag.* 138; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 343), rinviò innanzi al tribunale di prima istanza una disapprovazione incidente dedotta contro una notificazione di una sentenza, atto che faceva egualmente parte di una causa.

Pertanto Pigeau, Comm tom. 1, pag. 622, insegna una dottrina che sembraci difficile di conciliare tanto co' nostri principj, che con quelli dello stesso scrittore. Egli si propone la seguente quistione: « Io sono citato come erede, e sostengo di non esserlo; intanto mi si oppone un atto in mio nome, in cui l'usciere mi dà il titolo di erede; io voglio disapprovarlo: in qual tribunale sarà intentata la disapprovazione? » E la risolve dicendo che: « la disapprovazione sarà intentata innanzi al tribunale in cui pende la dimanda, per la ragione che in questo caso la disapprovazione è una dimanda la quale, se è dichiarata valida, tende ne' suoi effetti a far sì che il disapprovato sia condannato a *garentire* il disapprovante da tutte le conseguenze che dalla condotta dell' usciere possono nella causa risultar contro di lui; e secondo l' art. 181 + 275, il citato in *garentia* deve procedere innanzi al tribunale in cui pende la dimanda originaria. » Noi però non possiamo adottare questa opinione, la quale tenderebbe nientemeno ad annullare l' art. 356; poichè l'azione di disapprovazione avendo sempre per *conseguenza* una dimanda di *garentia*, o, per parlar più correttamente, una dimanda d' indennizzamento contro l' uffiziale disapprovato, la disapprovazione *incidente* sarebbe sempre intentata innanzi al tribunale che conosce della causa principale, il che è manifestamente contrario al testo dell' art. 356. Ma l'errore del saggio comentatore consiste in ciò, che l' azione di disapprovazione non è già un azione di *garentia* contro l'uffiziale, ma bensì un azione di *nullità* diretta contro l'atto disapprovato: e ciò è siffattamente vero che la disapprovazione può riuscire, e l'atto essere annullato, senza che vi sia luogo a pronunziar garantia nè indennizzamento, per esempio, se l' atto è l' opera di un errore non imputabile all' uffiziale da cui esso emana. Noi crediamo che nella ipotesi stabilita da Pigeau, bisogna seguire le regole sopra indicate, val dire rinviare innanzi al tribunale ove è addetto l'usciere, o innanzi al tribunale che ha pronunziato, secondo che l' atto fa o non fa parte di una causa. Sopra tutti questi punti possono vedersi le opinioni uniformi di Favard, tom. 2, pag 75, n. 1, Dalloz, tom. 9, pag. 135, n. 7, Thomines, n. 405, e finalmente di Boitard, tom. 2, pag. 27. Poco importa del resto, relativamente alla competenza, che il patrocinatore abbia o pur no cessato dalle sue funzioni, dovendosi sempre applicare le medesime regole. Tal' è l' avviso di Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 628; e la nostra teoria è adottata e sviluppata da Boitard, tom. 2, pag. 28.]

[1310 ter. *Innanzi a qual tribunale deve intentarsi la disapprovazione, allorchè vi sia stata una decisione che ha rivocata la sentenza, e ha rinviata la causa innanzi ad un tribunale diverso da quello che l' avea pronunziata, ovvero allorchè vi sia stata una competenza giurisdizionale fra giudici?*

Questa quistione fu esaminata da Pigeau. Questo saggio scrittore opina che se la sentenza sia stata rivocata, la disapprovazione deve dedursi innanzi alla corte di appello, per la ragione che se ne dovesse conoscere il tribunale di prima istanza, potrebbe accadere che egli annullasse la decisione di un tribunale a lui superiore, il che sarebbe un *indecenza*, ed avrebbe necessariamente luogo, qualora ammettendo la disapprovazione si dichiarasse non avvenuta la sentenza sulla quale fu stabilita la decisione che l' ha rivocata: egli desume ancora un' argomentazione dagli art. 475 e 476 + 539 e 540 del cod. di procedura, dai quali risulta, secondo lui, che un tribunale non può pronunziare sopra una opposizione di terzo dedotta contro una sentenza pronunziata da un tribunale superiore.

Noi però difficilmente abbracciamo la opinione di Pigeau; poichè il testo dell' art. 356 è positivo, ed è evidente il motivo del legislatore: il tribunale veramente competente per disaminare la condotta di un patrocinatore è quello presso di cui egli esercita il suo ministero: esso è in certo modo il suo giudice naturale, e più di ogni altro è al caso di valutare i fatti che originarono la disapprovazione. Rispetto alla ragione desunta dal perchè una sentenza di prima istanza produrrebbe l' effetto di annullare una decisione, osserviamo che tale nullità è conseguenza della sentenza; ma non è pronunziata dal tribunale; e non accade for-

se altrettanto, per esempio, nel caso in cui un documento verificato è ritenuto per vero da una decisione, e posteriormente per falso da una sentenza che pronunzia sopra una iscrizione in falso dedotta contro questo stesso documento? Che cosa addiviene allora della decisione? Il suo annullamento è indirettamente prodotto dalla sentenza; e vale lo stesso nel caso di disapprovazione, il che serve nel tempo medesimo a respingere l'obbiezione desunta dall' anologia che credesi rinvenire negli art. 475 e 476; al contrario la differenza è ben grande, poichè quando un tribunale pronunzia sopra una opposizione di terzo, annulla direttamente la sentenza impugnata; e sarebbe allora contrario al principio delle giurisdizioni, che un tribunale di prima istanza rivorasse una decisione; ma ripetiamolo ancora una volta, questa indecenza non ha affatto luogo allorchè trattasi di disapprovazione che produce soltanto gli effetti che debbono naturalmente risultarne. Dalloz, tom. 9, pag. 133 e 134, n. 8 e 9, divide la nostra opinione.]

Art. 357 + 449.

[1312 bis. *La disapprovazione sospende forse la esecuzione delle interlocutorie precedentemente pronunziate, e della sentenza nel merito, qualora essa non poggi sopra uno dei motivi fissati nell' art.* 352 + 444? *Ovvero se la parte abbia fatto decorrere, senza profittarne, il termine concessole dal tribunale?*

Una decisione della Corte di Metz de' 15 gennaio 1812 (*Dalloz, tom.* 9, *pag.* 145) ritenne che i tribunali possono dispensarsi di sospendere la pronunziazione della sentenza, quantunque vi sia disapprovazione, se questa non poggi sopra uno de' motivi previsti dall' art. 352.

Questa decisione è chiaramente contraria al testo imperativo dell' art. 357, il quale ordina al giudice di sospendere e stabilire un termine perchè sia separatamente giudicata l'azione di disapprovazione. Il giudice del merito non può affatto decidere che tale azione sia *inusitata*, *inammissibile*. Noi abbiam già detto che questo giudice avea il dritto di dichiarare essere inutile la disapprovazione contro tale o tal' atto, poichè la causa poteva giudicarsi senza la necessità di esaminare il merito di quest' atto; e le nostre due opinioni fondate sulla ragione e sulla forza delle cose agevolmente si conciliano. Che se fosse negato al giudice la facoltà concessagli da noi, sorgerebbe la necessità della sospensione ogni qual volta un' atto di disapprovazione fusse depositato in cancelleria, qualunque sia il documento contro di cui sarebbe intentato. Questa conseguenza però sembraci inammissibile. Il tribunale dovrebbe aver la cura, allorquando non arrestasi ad una disapprovazione, di dichiarare che anche supponendo fondata la disapprovazione ed eliminato dal processo il documento disapprovato, gli altri documenti della causa sieno sufficienti per motivare la loro decisione contro colui che ha dedotta la disapprovazione.

Sembra poi non cadervi alcun dubbio che quando una parte non ha profittato del termine concessole dal tribunale per far decidere la sua disapprovazione, essa non possa più avvalersene per impedire la continuazione degli atti di procedura; altrimenti sarebbe completamente illusoria la facoltà accordata dall'art. 257 al tribunale che deve conoscere della causa principale; il che appunto ragionevolmente ritenne la Corte di Parigi a' 9 agosto 1813. Dalloz, tom. 9, pag. 135, num. 15, approva questa giurisprudenza, aggiungendo nulladimeno potersi concedere da' giudici un novello termine, qualora sembrasse loro insufficiente il primo, e nè una tale decisione potrebbe essere soggetta ad annullamento. Questa osservazione è confermata dalla citata decisione, la quale non ordinava di andare innanzi se non dopo più termini successivamente decorsi senza alcun atto di procedura. Del resto se la causa tuttavia pendente è interrotta dalla disapprovazione, non è così rispetto alla esecuzione delle sentenze diffinitive ed inoppugnabili, la quale non potrebbe rimaner paralizzata dalla disapprovazione dedotta dopochè le stesse furono pronunziate. Ciò in fatti fu deciso dalla Corte di Parigi, ai 16 maggio 1835. (*Sirey, tom.* 35, *pag.* 423).]

[1313 bis. *Come bisogna regolarsi per fare annullare gli atti di procedura che seguirono la disapprovazione?*

Dall' art. 357 chiaramente risulta che gli atti di procedura fatti dopo quello di disapprovazione sono nulli, ma questa nullità dev' essere pronunziata, ovvero ha luogo di pieno dritto? Nel n. 1316, potrà vedersi che la sen-

tenza la quale segnì il procedimento disapprovato è nulla, senza che sia necessario pronunziare la nullità; l'art. 360 † 452 fa uso delle seguenti espressioni, *saranno annullate*, mentrechè nell'art. 357 trovasi scritto soltanto *a pena di nullità*. Per regola generale, le nullità non sono *di dritto*; solamente per eccezione la legge pronunzia la nullità senza che vi sia bisogno di ottenere una sentenza; ed ogni qual volta il legislatore non fa uso delle espressioni *a pena di nullità*, la nullità dev'essere pronunziata dal giudice; ma una quistione più grave è quella di conoscere da chi sarà pronunziata la nullità?

Pigeau, Comm. tom. I, pag. 627, stabilisce molte distinzioni, ed in riassunto opina che qualora non sia intervenuta alcuna sentenza innanzi al tribunale di prima istanza, o siasi pronunziata soltanto una sentenza contumaciale, il tribunale potrà annullare; che se poi la sentenza è in contraddizione, bisogna dirigersi al giudice di appello; che se, innanzi Corte, la decisione è capace di opposizione, bisogna farla annullare con questo mezzo; e finalmente nel caso di una decisione pronunziata in contraddizione, potrà dimandarsi la nullità alla Corte medesima, poichè furono fatte le procedure contro di un uomo che non avea facoltà. Egli assimila questo caso alla nullità degli atti di procedura fatti contro un patrocinatore destituito, di cui parla a pag. 607 e 608; pertanto in quest'ultimo luogo sostiene di non potersi far uso di ricorso per ritrattazione, poichè l'art. 480 † 544 suppone delle nullità commesse negli atti di procedura, e delle sentenze in cui le parti fossero state rappresentate; ed all'opposto, a pag. 627, egli termina colle seguenti parole: « Potrebbesi anche impugnarla (*la decisione pronunziata in contraddizione*) per mezzo della ritrattazione, secondo il n. 2 dell'art. 480. » Pertanto, nel caso di disapprovazione la parte è stata forse rappresentata?

Noi dobbiamo confessare, che la opinione di Pigeau ci è sembrata contraddittoria, nei due luoghi citati, ed espressa in un modo poco soddisfacente.

Secondo noi, l'andamento più naturale ed il solo legale sembraci esser questo:

Se gli atti di procedura non furono seguiti da sentenza o da decisione; e se in caso di una decisione già pronunziata, siavi ancora adito all'opposizione o all'appello, bisogna domandar la nullità facendo uso de' rimedi ordinari, che se all'opposto la sentenza è inappellabile, o se la decisione è pronunziata in contraddizione, bisogna ricorrere colla ritrattazione di sentenza, poichè l'attore era necessariamente *parte* in giudizio, vi era stato citato, ma che però rispetto a lui furono violate delle formole *protettrici e sostanziali* e sopratutto formole prescritte a pena di nullità.

Che se non potesse ammettersi il ricorso per ritrattazione, sotto pretesto che le parti non fossero state debitamente citate, neanche dovrebbesi agire per mezzo di dimanda di nullità, ma bensì mediante opposizione di terzo, allorchè la decisione fosse opposta all'attore che dedusse la disapprovazione.]

Art. 360 † 452.

[1317 bis. *Quali sono, rispetto al disapprovato, le conseguenze della disapprovazione dichiarata valida? Il disapprovante deve forse in taluni casi pagare tutte le spese?*

Oltre alla interdizione ed alle pene straordinarie, il disapprovato può essere condannato in vantaggio dell'attore e delle altre parti a tutt'i danni ed interessi. Egli soggiace, per esempio, alle spese di tutti gli atti ed alla garentia delle condanne da lui cagionate al suo cliente, siccome fu giudicato dalla corte di Parigi, a' 31 gennaio 1815. (*Dalloz, tom.* 9, *pag.* 120).

Ma la giurisprudenza è concorde nel ritenere che questa disposizione dell'art. 360 è tutta facoltativa, e che i tribunali possono astenersi di applicarla, anche ammettendo interamente la disapprovazione, allorchè sono convinti di non esservi nè frode, nè grave errore per parte del disapprovato, e che costui fu solamente vittima di un errore che non era in sua facoltà di poter scovrire. (*Parigi*, 7 *febbraio* 1824; *Sirey*, *tom.* 25, *pag.* 169, *Lione*, 1 *aprile* 1824, *Sirey*, *tom.* 25, *pag.* 106, *cassaz.* 26 *agosto* 1835; *Sirey*, *tom.* 35, *pag.* 588.)

Una decisione della Corte di Parigi de' 12 aprile 1806 (*Sirey*, *tom.* 7, *pag.* 902) ha benanche giudicato che il disapprovante non ha dritto ai danni ed interessi, finchè gli rimane un mezzo legale per far riformare la sentenza. Nè si è obliato che sotto l'antica legislazione era necessaria la ritrattazione per

far cadere le sentenze, anche dopo accolta la disapprovazione. Noi però non crediamo potersi oggidì seguire la decisione della Corte di Parigi, poichè le sentenze pronunziate in seguito dell' atto disapprovato trovansi di pieno dritto annullate. Epperò non è la esistenza di tali sentenze che dà luogo ai danni ed interessi, ma bensì il danno recato alla parte impegnandola in una procedura pericolosa. Pigeau, Comm. tom. 2, pag. 632, e Merlin alla parola *Disapprovazione*, § 6, dividono la nostra opinione, la quale è divisa parimenti da Carrè, n. CCC. nota 2.

Domandasi ora se, allorchè le altre parti hanno ottenuto la condanna de' danni ed interessi contro l'uffiziale disapprovato, il cliente di costui deve forse garentire agli altri il pagamento di detti danni ed interessi? Pigeau, Comment. tom. 1, pag. 630, risolve questa quistione colla seguente distinzione : se trattasi di una disapprovazione intentata da una parte la quale non ha mai dato alcuna facoltà all' uffiziale di rappresentarla, costei non può nulla imputare a se stessa, e per conseguenza sarebbe immensamente ingiusto esporla ad alcuna specie di reclamo. Ma quando la disapprovazione versa sopra taluni atti di procedura fatti da un uffiziale d' altronde incaricato di facoltà generali, la parte n' è responsabile rispetto a' terzi, siccome, in forza dell' art. 1384 † 1336 del codice civile, uno è risponsabile di tutt' i danni cagionati dalla persona a cui è affidato un mandato. Noi però rigettiamo questa distinzione, nella quale Pigeau sembra fare una falsa applicazione dell' art. 1384 del Codice civile.

Questo articolo dichiara il committente risponsabile de' danni cagionati, poichè questo committente è obbligato di ratificare tutti gli atti fatti dal suo incaricato. Ma questa rigorosa disposizione che si estende al quasi — delitto non è che il corollario della obbligazione civile risultante dal mandato.

Ma come potrebbesi ammettere che colui il quale ha il dritto di disapprovare un atto fatto dal suo mandatario, di far annullare le sentenze stesse ottenute dalla parte avversa, e per conseguenza cagionarle un danno reale, grave e forse irreparabile, senza essere con ciò tenuto ad alcuna azione di garentia, sarà poi costretto di rimborsare a titolo di danni ed interessi, in virtù dell'art. 1384, le spese fatte per ottenere tali sentenze? Questo è il caso di applicare la massima *accessorium sequitur principalem*.]

Art. 362 † 454

[1319 bis. *Le notificazioni destinate ad intentare una disapprovazione debbono forse dirigersi alle parti o ai patrocinatori ?*

Se la disapprovazione è incidente in una causa, o l' atto disapprovato appartiene a questa causa, dovendosi allora seguire l' andamento indicato dall' art. 354, si fa la notificazione con atto di *patrocinatore a patrocinatore ;* o l' atto disapprovato non appartiene alla causa, ed allora dovendosi intentare la disapprovazione innanzi al tribunale in cui sarà stata fatta la procedura disapprovata, la notificazione dovrà farsi *alle parti* della causa principale (*art.* 356) val dire alla persona o al domicilio, e non già con atto di patrocinatore. La ragione si è che notificata al patrocinatore, essa sarebbe inutile, poichè costui non potrebbe far altro che consegnarla al suo cliente e consigliargli di costituir patrocinatore innanzi al tribunale in cui sarà intentata l' azione di disapprovazione ; ed è immensamente più semplice far direttamente questa notificazione alla parte, che la riceverebbe anche molto più presto. Tale soluzione fu adottata benanche da Lepage, pag. 232, e secondo noi risulta del rimanente dalle stesse espressioni dell' art. 356.

Che se la disapprovazione è principale, non vi ha alcuna costituzione di patrocinatore ; pertanto, siccome sta detto nella quistione 1319, bisogna farne la notificazione alle parti, le quali in tal caso debbono riceverla personalmente o nel domicilio.]

[1319 ter. *In qual modo bisogna intendere le espressioni dell' art.* 162: Sentenza passata in cosa giudicata ?

Si chiamano generalmente con questo nome tutte le decisioni pronunziate in ultimo grado di giurisdizione, ancorchè soggette ad essere impugnate con ricorso per annullamento o per mezzo di ritrattazione.

Dalloz, tom. 9, pag. 135, n. 14, opina che nel caso dell' art. 462, bisogna riguardare come passate in cosa giudicata soltanto le sentenze contro le quali sieno preclusi tutti i mezzi sì straordinarî che ordinarî.

Demiau, pag 269, art. 482, professa la stessa dottrina, quantunque prevegga soltanto il caso della ritrattazione.

Noi crediamo che la ritrattazione ed il ricorso per annullamento non possano prorogare il termine stabilito dall'art. 462 per l'azione di disapprovazione. Diffatti nè l'una nè l'altro costituiscono alcun' ostacolo alla sentenza contro la quale sono diretti. Or se può aver luogo una tale esecuzione, sorgerà evidentemente prima di ammettersi la ritrattazione o il ricorso il mezzo d' inammisibilità creato dal nostro articolo.

Laonde durante tutto il tempo che decorrerà fra gli otto giorni a contare da quello in cui la decisione dovrà considerarsi come eseguita, sia che abbiasi dritto alla ritrattazione o all'annullamento, non vi sarà luogo alla disapprovazione, conservando questa decisione tutta l'autorità della cosa giudicata.

Ma non sarà lo stesso allorchè fosse stata ammessa la ritrattazione o pronunziato l' annullamento perciocchè tale ammissione, o tale annullamento, produrranno l'effetto di far scomparire l'autorità della cosa giudicata, di sottomettere il merito della controversia a nuova disamina, e per conseguenza riaprire a vantaggio delle parti tutte le vie di attacco e di difesa che esse avrebbero potuto adoperare innanzi alla prima sentenza.

Or essendo l'azione di disapprovazione una di queste vie, essa è riaperta come tutte le altre.]

[1319 quater. *Quando l' azione di disapprovazione diviene inammissibile, indipendentemente da' casi prescritti dall'art. 362 ?*

L'acquiescenza espressa, tacita o presunta è un ostacolo insormontabile, dice Demiau, pag. 270, alla dimanda di disapprovazione: niun pretesto o motivo, tranne il dolo, può stabilire alcuna eccezione a questa regola. Noi adottiamo interamente questa opinione, manifestata anche da Pigeau, proc. civ. tom 1, all' art. 2. del cap. *Disapprovazione*, e Comm. tom. 1, pag. 630. Essa fu consacrata a 27 agosto 1831 dalla corte di Nancy, la quale dichiarò inammissibile una disapprovazione proposta dopo la esecuzione volontaria di una sentenza pronunziata in seguito di atti disapprovati.

Un altro mezzo d' inammissibilità contro la disapprovazione potrebbe desumersi dal pagamento fatto delle anticipazioni e vacazioni dovute all'uffiziale ministeriale, per ragione degli atti da lui fatti ed intimati. Quale ratificazione, direbbesi, meno equivoca della condotta di un patrocinatore e degli atti da lui formati che il pagamento delle spese a lui dovute per questi medesimi atti? Così appunto fu giudicato dalla corte di Rennes a' 17 agosto 1818. Però, secondo noi, sarebbe rigoroso adottar questa opinione in un modo assoluto. Può una parte aver ritirati i suoi documenti senza averli esaminati, può non essere capace di esaminarli essa stessa; e solamente più tardi sarà stata avvertita da un qualche illuminato consulente, discoprendo la imprudenza o la frode di cui fu resa vittima il suo patrocinatore. Epperò noi crediamo che in tali casi l' ammissibilità della disapprovazione sarà subordinata ad una valutazione di fatto come del resto lo sono quasi tutte le quistioni di acquiescenza per esecuzione. Niuna meraviglia allora che la corte di Parigi a 32 luglio 1815 (*Sirey* tom. 16, pag. 332) abbia giudicato diversamente dalla corte di Rennes, e che Thomines n. 412, approvi la sua decisione.]

[1319 quinquies. *Fuori del caso previsto dal nostro articolo, l' esercizio dell' azione per disapprovazione è forse soggetto ad un termine qualunque ?*

Non ve ne ha alcuno espresso nella legge. Laonde allorchè la disapprovazione ha per oggetto un atto stragiudiziale su cui non pende causa, quantunque debbano seguirsi tutte le altre regole da noi finora indicate, l' azione non sarà soggetta ad alcun decadimento, e potrà esercitarsi finchè l'atto non sarà stato espressamente o tacitamente ratificato dal disapprovante, siccome ragionevolmente insegna Favard, tom. 2, pag. 75.

Del pari, se l'atto da disapprovarsi è un atto giudiziario, l'azione di disapprovazione non andrà soggetta ad alcun decadimento, finchè quest'atto non verrà protetto dall' autorità della cosa giudicata. Fin qui la disapprovazione sarà ammessa in ogni stato di causa, anche in appello, secondo una decisione della corte di Brusselles de'17 ottobre 1811, e la opinione di Pigeau proc. civ. tom. 1, all'art. 2 del cap. *Disapprovazione*.]

TITOLO XIX.

Delle competenze giurisdizionali fra i giudici.

ART. 363 † 455.

[1319 sexies. *Fa d'uopo forse, perchè esista il conflitto, che i due tribunali abbiano pronunziato, ritenendo o rinviando le cause, ovvero è sufficiente che sieno stati semplicemente adtti?*

Carrè esamina questa quistione nelle sue *leggi della competenza*, parte 2, lib. 1, tit. 5, art. 296, e non esita a decidersi, unitamente a Pigeau e Berriat, per la prima parte della proposta alternativa.

E noi crediamo che il testo dell'art. 363, *se è introdotta una lite*, non può lasciare il menomo dubbio sulla esattezza di questa soluzione. L'art. 364 è ancor più preciso: *in vista delle dimande*. Basta adunque che sieno state fatte le dimande, senza esser necessario di aver dato luogo ad una continuazione di sentenza: *Melius est intacta jure servare quam post vulneratam causam remedium quaerere.*]

[1319 septies. *Ma che cosa costituisce il conflitto negativo?*

Perchè abbia luogo un tal conflitto, non basta la esistenza di due dimande, potendo esso risultar soltanto dalle decisioni con cui due tribunali rifiutano di conoscerne. Nè si può dire con Thomines, n. 414, che in tal caso non vi è luogo a ricorrere per la *competenza giurisdizionale*, ma piuttosto per *indicazione* di giudici, poichè il rifiuto di due tribunali, ai quali esso si son dirette, lascia le parti senza giudici.

Ma bisogna che l'assenza de'giudici sia reale, senza di che l'azione sarebbe senza scopo: Epperò se rimane qualche mezzo per ottenere i giudici, devesi adoperarlo prima di ricorrere alla dimanda d'*indicazione*; non è sufficiente adunque, perchè vi sia luogo a conflitto negativo, che due o più tribunali siansi dichiarati incompetenti, ma bisogna che uno di essi sia in realtà il solo competente; perciò la corte di Torino, a' 13 luglio 1809, decise non esservi conflitto negativo di giurisdizione allorchè dopo la dichiarazione d'incompetenza de' tribunali civili ed amministrativi, è introdotta la causa innanzi ad un tribunal di commercio che se ne attribuisce la conoscenza, e quindi quest' ultimo, prima di pronunziare in merito, non è obbligato di attendere che sia stata regolata la competenza.

Da ciò sorge ancora che la dimanda d'indicazione de' giudici sul conflitto negativo è ammissibile solamente dopo che le due sentenze d'incompetenza sono passate in cosa giudicata, perciocchè finchè è possibile l'appello, si ha ancora la speranza di ottenere i giudici. La corte di cassazione in tal modo appunto decise sulle uniformi conclusioni di Nicod, avvocato generale, in data de' 3 maggio 1837. Però fu giudicato direttamente il contrario (*vedi la quistione* 1324), in materia di conflitto positivo, in cui è precluso il mezzo della competenza giurisdizionale, tostochè le sentenze non sieno più soggette ad appello. La ragione di questa differenza è semplicissima; cioè, che il conflitto *negativo* non può cominciare ad esistere se non quando non vi sia più verso di ottenere i giudici, nel mentre che il conflitto positivo più non esiste, appena terminato il giudizio.]

[1319 octies. *L'art. 363 del cod. di proc. è forse applicabile soltanto ai conflitti positivi? La corte di cassazione rimane essa sola competente pei conflitti negativi?*

Carrè, nelle nozioni preliminari a questo titolo, e nel commentario all' art. 363, opina che la corte di cassazione è soltanto competente per pronunziare su i conflitti negativi, qualunque sieno i tribunali innanzi ai quali sieno elevati. Nelle sue *leggi della competenza, loco citato*, egli riproduce la stessa dottrina con taluni sviluppamenti, appoggiandola alla seguente considerazione: che prima della promulgazione del codice di procedura, la corte di cassazione conosceva esclusivamente di tutti i conflitti, e che se l'art. 363 è venuto a derogare alla legislazione che la investiva di cosiffatta facoltà, questa derogazione può riguardar soltanto i casi previsti da detto articolo. Or esso si occupa solamente del conflitto positivo.

Nulladimeno Carrè deplora quest'obblio del legislatore, facendo osservare che le stesse ragioni le quali fecero attribuire la competenza giurisdizionale de'giudici alle corti reali ed ai tribunali, secondo i casi, militerebbero ancora perchè queste corti e tribunali conoscessero della indicazione de'giudici.

A noi sembra però essere mal fondate le doglianze di Carrè, trovandosi realmente cioc-

ch'egli vorrebbe vedere espresso nell'art. 363. Infatti per dirsi che i conflitti negativi non sieno regolati da quanto in detto articolo è disposto, bisognerebbe dimostrare che il testo li escluda; il che secondo noi, non esiste affatto. L'articolo dice: *se è introdotta una lite in due o più* ec. Queste parole sembranci comprendere nella loro generalità i conflitti negativi, poichè, onde abbiano luogo tali conflitti, è necessario che la lite sia introdotta innanzi a due o più tribunali. Allora vi sarebbe vera esclusione, quando l'art. 363 si fosse così espresso: *allorchè due tribunali riterranno la conoscenza di una dimanda*.

Ma noi lo ripetiamo, le sue espressioni sono troppo generali per favorire la interpetrazione restrittiva che Carrè ha creduto dover dare ad essa.

Epperò crediamo che tutte le regole dell'art. 363 sieno applicabili al conflitto negativo, e che dev' essere giudicato da' tribunali civili, dalle corti reali e dalla corte di cassazione, secondo le distinzioni stabilite da diversi paragrafi di questo articolo. Dalloz, tom. 5, pag. 275, senza esaminare positivamente la quistione la risolve implicitamente secondo la nostra opinione. Thomines, n. 413, non esita a pronunziarsi formalmente contro la opinione di Carrè. E finalmente sembraci che la corte di cassazione abbia rimossa qualunque difficoltà, con una decisione de' 26 marzo 1838 (*Sirey*, *tom.* 38, *pag.* 377), in cui essa completamente rinunzia questa giurisdizione esclusiva attribuitale da Carrè, rigettando il ricorso prodotto contro una decisione della corte di Dijon la quale avea pronunziato, in linea di competenza giurisdizionale fra i giudici, sopra un conflitto negativo fra il tribunal civile ed il tribunal di commercio della sua giurisdizione.]

[1320 bis. *La nomina di due tutori per un istesso minore fatta innanzi due giudici di pace, dipendenti da due diversi tribunali, dà forse luogo a competenza giurisdizionale fra' giudici?*

Tal'è la quistione trattata da Carrè nel seguente inedito consulto:

» Il sottoscritto consulente, dopo aver letto il consulto da lui precedentemente deliberato e la sentenza contraria pronunziata dal tribunale civile di Guingamp, ai 24 aprile ultimo;

» Consultato sulla quistione di sapere: 1. Se vi sia luogo ad appellare dalla sentenza pronunziata da detto tribunale, in quantochè invece di far dritto alle conclusioni dell'attore ha inviato le parti a ricorrere per la competenza giurisdizionale innanzi la corte reale di Rennes;

» 2. Se all'opposto conviene acquietarsi a tale sentenza, producendo il ricorso;

» 3. Se finalmente convenga che la parte ricorra in linea di appello, e sussidiariamente per la competenza giurisdizionale;

» È d'avviso sulla prima quistione, di persistere nella opinione da lui precedentemente emessa, senza però dissimulare che la ragione secondo la quale il tribunale di Guingamp ha creduto dover pronunziare diversamente, non può essere combattuta con mezzi talmente evidenti da poter garentire il successo dell'appello.

» Trattasi di due nomine di tutore per lo stesso minore, fatte per sostituire il primo tutore trapassato, innanzi due giudici di pace dipendenti da due diversi tribunali, ed è chiaro secondo una decisione della corte di cassazione de' 29 settembre 1809 (*Sirey*, *tom.* 10, *pag.* 62) essendo tale benanche l'opinione di Toullier (*vedi in questo senso Brusselles*, 8 *maggio* 1824 *e* 14 *novembre* 1829) che la sola nomina valida è quella fatta innanzi al giudice di pace del luogo dove era avvenuta la nomina del primo tutore dato al minore; nè d' altronde sembra potersi mettere in dubbio che questa prima nomina sia stata fatta a Panthou.

» Pertanto fu nominato un tutore in rimpiazzo tanto a Ponthou che a Guingamp.

» Consultati sulla quistion di conoscere qual'era l'andamento da tenersi perchè, secondo il voto della legge, prevalesse la nomina fatta innanzi al giudice Ponthou, i sottoscritti credettero non poter nè consigliar la dimanda di competenza giurisdizionale, nè quella autorizzato dall'art. 883† 960 del codice di procedura, nè l'appello, esponendo in dritto le seguenti ragioni.

» 1. Secondo l'art. 383 del cod. di proc. la » dimanda di competenza giurisdizionale ha » luogo soltanto rispetto alle controversie o » cause contenziose sulle quali deve intervenire » una sentenza tra le parti litiganti, e non » già relativamente agli atti i quali, siccome » la *tutela dativa*, sono di giurisdizione non » contenziosa;

» 2. Non esservi luogo nella specie a procedere uniformemente all'art. 883, poichè esso applicasi soltanto al caso in cui la deliberazione di un consiglio di famiglia è soggetta ad essere omologata, e non accorda d'altronde il dritto di reclamare se non ai membri dell' assemblea contro il cui avviso fu presa la deliberazione.

» 3. Che non poteasi neanche produrre appello, poichè esso non può aver luogo se non rispetto alla decisione giudiziaria, e non già contro un atto di giurisdizione non contenziosa; chè d'altronde se fosse stato possibile avvalersi nella specie di questo mezzo per reclamare contro le sentenze, le parti avrebbero potuto ritrovarsi nella stessa posizione di prima, poichè ciascuna di esse avrebbe potuto rendersi appellante, talchè ciascuno dei due diversi tribunali avrebbe potuto sostenere la nomina fatta innanzi al giudice soggetto alla propria giurisdizione;

» 4. Che finalmente questi ultimi motivi sono parimenti applicabili alla opposizione. In questo stato di cose, la ragione e l' analogia delle regole di competenza e di procedura persuasero i sottoscritti d' indicare all' ava materna nominata a Ponthou un andamento che riuniva il vantaggio di essere in armonia colla legge, economizzare le spese e giungere prestamente ad una decisione veramente urgente: val dire citare, ad istanza di questa ascendente competentemente e legalmente chiamata a sostener la tutela, secondo il sopra citato arresto della corte di cassazione, il tutore nominato a Guingamp, a comparire innanzi al tribunale risedente in questa città, che è il giudice del distretto nel quale esso fu nominato, ed in questa citazione conchiudere affinchè gli fosse stato vietato di menomamente immischiarsi nella tutela. »

» Opinavasi che su tale citazione il convenuto non avrebbe mancato di avvalersi della deliberazione che l'ebbe nominato, e che allora la discussione sulla legalità di questa deliberazione eleverebbesi innanzi allo stesso tribunale nella cui giurisdizione trovasi il giudice di pace che presedette il consiglio di famiglia, tribunale essenzialmente competente per annullare gli atti di questo giudice di pace.

» Ma non si procedette in tal modo : l'ava materna colle sue conclusioni dimandò che il tribunale dichiarasse incompetente il giudice di pace di Guingamp, e pronunziasse la competenza del giudice di pace di Ponthou, e per conseguenza il tribunale considerò la dimanda come una quistione di competenza giurisdizionale dedotta innanzi a lui, e la rigettò, uniformemente all'art. 363 del cod. di proc., secondo il quale la quistione di competenza giurisdizionale dev'esser portata innanzi la corte, allorchè i due giudici di pace in conflitto non dipendono da uno stesso tribunale.

» La citazione è pressò a poco concepita nella stessa maniera.

» Ma si conchiuse che fosse stato vietato al signor di Quelin di assumere la qualità di tutore della minore Stephanie, nè di esercitarne le funzioni; il che fu stabilito, sia nella citazione, sia nelle conclusioni notificate.

» Inoltre bisogna osservare che non potevasi reclamare col mezzo della competenza giurisdizionale, non solamente, come si è già detto, perchè non eravi nulla a giudicare, ma anche perchè la corte non avrebbe potuto risolvere la quistione se non pronunziando essa stessa sul merito di una delle due deliberazioni, poichè avrebbe potuto indicare soltanto il giudice di pace innanzi a cui avrebbesi dovuto novellamente ricorrere per far nominare un tutore; or ciò sarebbe stato un circuito di procedura così vizioso che frustraneo.

» Tali sono i motivi per cui si persiste a credere che il signor di Quelin, nominato tutore a Guingamp, non avendo avuto in suo favore che un titolo vizioso, il quale d' altronde non consisteva in una sentenza, era cosa prudente reclamare con azion principale, il che per altro sembra conciliare tutt'i principî.

» Per conseguenza di ciò che precede, i sottoscritti opinano, sulla seconda quistione, che la sentenza essendo stata malamente pronunziata, in quantochè rinvia a reclamare in linea di competenza giurisdizionale, quantunque non vi fosse nè sentenza da pronunziarsi, nè tribunali in conflitto, sarebbe a temersi che la corte istessa rigettasse la dimanda unicamente formata contro di lei a questo oggetto, il che esporrebbe la dama Lamdé a pagar le spese di detta dimanda, nel tempo stesso che, acquietandosi alla sentenza di Guingamp, essa dovrebbe soggiacere alle spese di detta sentenza.

» Sulla terza quistione, che allo stato, bisogna appellarsi da tale sentenza, ma *sussidia-*

riamente, ed in caso di conferma del tutore, ri-correre, non già per mezzo della competenza giurisdizionale per far decidere quale de' due giudici di pace fosse o pur no competente, ad oggetto di rinviare innanzi ad uno di essi per procedere ad una novella nomina, ma per far dichiarare da quale de' due tribunali di Guingamp o di Morlaix, deve essere giudicata la quistion di sapere se devesse annullarsi la deliberazione di Guingamp.

» Fatto e deliberato a Rennes a'20 giugno 1818. »

E osservabile che una specie così bizzarra come quella che ha dato luogo al soprascritto consulto, siasi dopo pochi anni riprodotta innanzi la corte di cassazione.

Con decisione del 18 luglio 1826, la corte suprema adottò il sistema di Carrè, ed annullò una decisione della corte della Guadalupa, la quale avea rinviate le parti a provvedersi in via di competenza giurisdizionale. Essa decise che l'azione intentata da uno de' tutori contro l'altro per farlo rinunziare alla tutela, e portata innanzi al tribunale da cui dipendeva il giudice di pace che avea preseduto alla nomina di costui, era perfettamente regolare, e che tale era il vero andamento da seguirsi. Il tribunale chiamato a conoscere di questa quistione, avrebbe giudicato se mai il tutore impugnato fosse stato o pur no competentemente nominato. Che se non avesse trovata valida la sua nomina, gli avrebbe vietato di esercitar la tutela, e se all'opposto l'avesse sostenuta, sarebbe spettato a quest'ultimo d'intentare contro l'altro la stessa azione; allora, in questo caso di contrarietà di sentenze, sarebbesi uniformato all'art. 504 † 568 del cod. di proc.].

[1321 bis. *Se la identità di due cause pendenti innanzi a due tribunali di commercio, dà certamente luogo alla competenza giurisdizionale fra giudici*, quid *fra un tribunal civile ed un tribunal di commercio?*

Fu ritenuta l'affermativa con decisione della corte di Parigi de'25 ottobre 1812 (*Dalloz, tom.* 5. *pag* 224; *Sirey, tom.* 14, *pag.* 245) e della corte di cassazione de' 20 luglio 1815 (*Dalloz, tom.* 5, *pag.* 291; *Sirey, tom* 15, *pag.* 379) le quali accolsero le dimande di competenza giurisdizionale nelle specie di questa natura. Risulta benanche l'affermativa da ciò che dice Pigeau, Comm. t. 1, pag. 637, in cui suppone che le dimande, *o una di esse*, sian portate innanzi ad un tribunale di commercio.

Ma Victor Foucher, nella sua Edizione *delle leggi della competenza* di Carrè, tom. 5, pag. 46, fa una distinzione fra il caso della pendenza di lite e quello della connessità.

» Se vi ha pendenza di lite fra un tribunal di commercio ed un tribunal civile, necessariamente uno di essi, dice questo scrittore, sarà incompetente *ratione materiae*; or nel caso di una tale incompetenza, non vi ha altra strada a battere che quella della declinatoria.

Noi non ammettiamo affatto questo principio. Pigeau, *Comm.* tom. 1, pag. 435, ragionevolmente insegna che la competenza giurisdizionale tra giudici ha luogo nel caso di due incompetenze, personale o materiale.

E perchè non avrebbe luogo? Non può forse accadere che la declinatoria non sia ammessa? Gli è vero che si ha la risorsa dell' appello; ma se i due tribunali non dipendono dalla stessa corte, questa risorsa è illusoria, il conflitto può stabilirsi fra le due corti come fra due tribunali inferiori. Finalmente non è forse nello spirito della legge, allorchè offre alle parti il mezzo della competenza giurisdizionale fra giudici, di far loro evitare le lungherie e le incertezze della procedura alla quale Foucher vuol sottometterle? Epperò noi abbiam per fermo che le parti hanno l'azione fra queste due vie, siccome è insegnato da Carrè, quistione 728, sull'art. 171 †265 del cod. di proc.

Passando poi alla connessità, Foucher fa osservare che se ella basta per dar luogo alla competenza giurisdizionale fra due tribunali civili, non può essere lo stesso allorchè uno de' due è un tribunal consolare; poichè sebbene possono esservi de' rapporti tra l' una e l'altra causa, debbono però giudicarsi sempre separatamente a cagione della loro diversa natura, commerciale e civile. Il modo di procedere è diverso; innanzi alle due giurisdizioni vi sono ammessi altri principî, e la qualità delle parti è per lo più differente. Epperò la rimessione delle due cause innanzi ad una delle due giurisdizioni chiamate a decidere, avrebbe, egli dice, per risultamento il confondere tutti questi principî e far giudicare dal tribunal civile materie commerciali o *vice versa*.

Questa seconda parte dell'opinione di Foucher sembraci ammissibile. (*Vedi la nostra quistione* 1527.).]

[1326 bis. *Se esiste il conflitto fra due tri-*

***bunali di grado ineguale*, per esempio fra un giudice di pace ed un tribunal civile di prima istanza, da chi dovrà giudicarsi ?**

Una decisione della corte di Rouen de' 23 feb. 1818 (*Sirey*, *t*.18, *p*. 129), dichiarò, che in tal caso spettava alla corte di cassazione, e non già a quella di appello di decidere il conflitto giurisdizionale. Il motivo sul quale è fondata la detta decisione, è desunto dal perchè la corte reale non ha una eguale giurisdizione sopra i due tribunali, poichè l'uno dipende da essa per gli appelli, mentre l'altro, il giudice di pace, non ne dipende affatto; e la stessa dottrina fu insegnata da Dalloz, tom.5, pag. 276. Alcuni, dando una maggiore estensione a questo principio, pretesero che il conflitto giurisdizionale tra due tribunali dipendenti dalla stessa corte, dovea esser deciso dalla corte di cassazione, allorchè trattasi di una causa non soggetta ad appello; perciocchè allora i tribunali non dipendono più dalla corte, ma hanno una giurisdizione suprema, e le loro sentenze non possono essere impugnate se non col ricorso per annullamento.

Questa ragione però sembraci in diretta opposizione con una delle disposizioni dell' art. 363. Infatti non prevede egli il caso in cui la quistione di competenza giurisdizionale ha luogo fra due giudici di pace non dipendenti dallo stesso tribunale? e n'è forse alla corte di cassazione attribuita la conoscenza? Che no, ma alla corte reale; e pertanto niuno de'due giudici di pace dipende da questa corte; nè possono mai sottomettersi le loro sentenze allo esame di essa.

Chiaro dunque si scorge che la legge per attribuire la giurisdizione relativamente al conflitto, si è appigliata alle relazioni gerarchiche de' tribunali tra loro, e non già alla circostanza che l' uno dipenda immediatamente dall' altro per gli appelli dalle sue sentenze. Epperò bisogna conchiudere, in opposizione alle opinioni sopra indicate, che questa giurisdizione appartiene benanche alla corte reale, allorchè esiste il conflitto fra due tribunali da lei dipendenti, ancorchè uno sia di un grado più elevato dell'altro, ed ancorchè, relativamente alla controversia da decidersi, uno de'due o entrambi sieno giudici innappellabili.

Ma in materia criminale, i principî non sono affatto gl'istessi, esistendo a tal proposito regole particolari indicate dagli art. 526 e 540 del cod. crim., e sviluppate dalla giurisprudenza. (*Vedi Dalloz alla parola* competenza giurisdizionale fra giudici, *e vedi benanche due nuovi arresti di cassazione de'* 30 *marzo e* 16 *febbraio* 1837.)].

[1326 ter. *Vi è luogo a competenza giurisdizionale, allorchè dopo introdotto il giudizio, il tribunale innanzi a cui era stato intentato, cessi di far parte del regno?*

Che sì; essendo necessario allora indicare il tribunale o la corte innanzi a cui dovrà continuarsi il giudizio, e le decisioni pronunziate dal tribunale straniero, non avrebbero alcun valore fra le parti dimoranti in francia, purchè però non si trattasse di una materia reale, per cui, attesa la situazione dell'oggetto litigioso, ne fosse attribuita la conoscenza ai primi giudici chiamati a decidere.

Spetta alla Corte di cassazione far tali indicazioni, siccome fu da lei stessa giudicato ai 5 dicembre 1815 (*Sirey, tom.* 16, *pag.* 146), 8 aprile 1818 (*Dalloz*, *tom.* 2, *pag.* 95, *Sirey*, *t.* 22, *pag.* 217), 4 dicembre 1821, 1 aprile 1823 (*Sirey*, *tom.* 25, *pag.* 255), e 18 gennaio 1825.]

[1326 quater. *Vi ha luogo a competenza giurisdizionale, allorchè elevasi il conflitto fra il potere giudiziario e l' amministrativo?*

Questa quistione è stata sempre decisa per la negativa, allorchè trattasi di un conflitto positivo. Possono segnatamente vedersi le decisioni de' 14 germ. anno 11, 8 ventoso, anno 12, 22 vend. anno XIV, 26 nov. 1806 ed un decreto de' 21 settembre 1810. (*Dalloz*, *tom.* 5, *pag.* 272, *Sirey*, *tom.* 4 *pag.* 125.) È sopratutto osservabile la decisione del 22 vendemiale, anno 16, in quanto che lo stesso gran giudice avea deferito alla Corte di cassazione la decisione del conflitto esistente fra le due autorità; il che non impedì di dichiararsi incompetente. (*Vedi la quistione* 1323 *in fine*).

Spetta adunque al consiglio di stato di pronunziare, siccome fu osservato da Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 635, Favard, tom. 4, pag. 793, alla parola *Conflitto*, Thomines, n. 417, e finalmente da Carrè, *leggi della competenza*, parte 2, lib. 2. tit. 5, art.296.

Una ordinanza del 1 giugno 1828 (*Sirey*, *tom.* 28, *pag.* 321), determina i casi in cui può elevarsi questa specie di conflitto e l' andamento da seguirsi.

È giurisprudenza costante nel consiglio di Stato, che prima di elevare il conflitto, il prefetto deve proporre la declinatoria innanzi ai tribunali; ed è questa una formalità che non può essere supplita dalla eccezione d' incompetenza proposta dalle medesime parti. (*Ordin. de' 26 maggio e 2 giugno* 1837).

Nulladimeno, allorchè il conflitto è negativo, val dire allorchè il potere giudiziario ed il potere amministrativo si dichiarino rispettivamente incompetenti, la parte la quale si avvisa che i tribunali civili sieno incompetenti, ha la scelta di ricorrere innanzi al consiglio di stato in linea di competenza giurisdizionale fra giudici, o di dimandare alla corte di cassazione l' annullamento della decisione che pronunziò la incompetenza. De Cormenin, alla parola *Conflitto*, accuratamente enumera le diverse posizioni nelle quali possono ritrovarsi le parti sopra un conflitto negativo.]

[1326 quinquies. *Qual' è il tribunale che deve rimanere a giudicare?*

Appartenendo questa quistione piuttosto alla competenza che alla procedura, essa non entra nel piano da noi propostoci. Epperò ci limitiamo a rinviare i nostri lettori a Dalloz, alla parola *competenza giurisdizionale*.

Del resto le più semplici nozioni su questo punto son quelle date da Pigeau, Commentario, tom. 1, pag. 639. Bisogna seguire, egli dice, le regole della competenza, della connessità o della pendenza di lite, secondo che il conflitto giurisdizionale è fondato sopra una incompetenza, una connessità o una pendenza di lite. Queste regole furono diggià esposte sotto i loro rispettivi articoli.]

ART. 366 + 458.

[1333 bis. *La decadenza di cui parla l' art. 366 è forse applicabile in materia di conflitto negativo?*

Che no. Tale decadenza ha per iscopo di togliere la sospensione cui era soggetto il giudizio pendente innanzi al tribunale cui si diresse il convenuto per la competenza giurisdizionale, poichè l'articolo si affretta ad aggiungere: e *gli atti della causa principale potranno proseguirsi nel tribunale ec.*, e da ciò la corte di cassazione ragionevolmente conchiuse agli 11 maggio 1807 (*Dalloz, t. 5, pag. 297; Sirey, tom. 7, pag. 87*) che questa decadenza è assoluta e si oppone alla introduzione di una nuova dimanda di competenza giurisdizionale *fra gli stessi tribunali. (V. la seguente quistione)*. Ma non esiste il medesimo motivo nel caso di un conflitto negativo; nè vi hanno atti di procedura sospesi, percioechè all' opposto le parti si dolgono di essere stati annullati. Nè può sospettarsi che l'attore per la competenza giurisdizionale voglia ritardare la decisione della causa, poichè dipende da lui di non proseguirla. Nè può temersi di vedere eternato il giudizio, poichè esso non esiste.

Finalmente in tal caso la decadenza avrebbe per risultamento di rendere la controversia impossibile a giudicarsi, il che costituirebbe una vera denegazione di giustizia.

Thomines n. 418, divide questa opinione]

[1333. ter. *Se vi sono molti convenuti per la competenza giurisdizionale, i quali siensi diretti a diversi tribunali, innanzi a quale di essi dovranno proseguirsi gli atti di procedura?*

L'art. 366, pronunziando la decadenza, ha avuto ancora per iscopo di far cessare il conflitto, quantunque in un modo poco favorevole alle pretensioni del decaduto, poichè l'obbliga a procedere innanzi al tribunale cui si diresse il suo avversario.

Ma noi non possiam credere che abbiasi voluto obbligarlo a procedere nel tempo istesso innanzi a due o più tribunali. Epperò crediamo che, quantunque decaduto dal beneficio della decisione che avea attribuito la causa al tribunale da lui reclamato, prosegui a conservare il dritto di farne regolare la competenza fra gli altri, talchè un solo possa giudicare. Perlochè esso eserciterà questo dritto, se vi è vantaggio per lui, e se uno de' convenuti nella prima dimanda non ne formi un altra a sua volta.

Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 638, sembra inclinare verso questa soluzione.]

TITOLO XX.

Della rimessione delle cause da un tribunale ad un altro per motivo di parentela o di affinità.

ART. 368 + 460.

[1337 bis. *A qual giurisdizione bisogna rivolgere la dimanda di cui parla la quistione proposta alla pag. 5?*

L'art. 60 della legge de' 27 ventoso, anno 8, incaricava la sezione de' ricorsi della corte di cassazione, di pronunziare definitivamente sulle dimande di rimessione da un tribunale ad un altro per cause di parentela o affinità; ma, ai 24 marzo 1807 (*Dalloz*, *tom*.23, *pag*. 432; *Sirey tom* 7, *pag* 57), questa corte decise risultar da' titoli XIX e XX del lib. II. del cod. di proc. di esserle stata tolta siffatta attribuzione, purchè però non si fosse trattato de' tribunali inferiori dipendenti dalla stessa corte reale. Applicando lo stesso principio, fu giudicato che dopo la pubblicazione del cod. civ. la corte di cassazione non è più competente per pronunziare sulla dimanda di tale rimessione, per la ragione che tutt' i giudici di un tribunale di prima istanza han dichiarato aver stragiudizialmente conosciuto della causa ed aver emessa la loro opinione. Questa decisione fu consacrata dalla stessa corte di cassazione, ai 6 aprile, 18 e 20 maggio 1817, e dalla corte di Nimes, 10 luglio 1812. Le regole dell' art. 363 sono parimenti applicabili allorchè le parti si trovino nella impossibilità di ricorrere ai loro giudici naturali (*Cassaz*., 8 *settembre* 1807; *Dalloz*, *tom*. 23, *pag*. 435, *Sirey*, *tom*. 7, *pag*. 146), o allorchè un tribunale non può riunirsi per mancanza di giudici. (*Cassaz*., 18 *aprile e* 4 *luglio* 1828; *Sirey*, *tom*. 28, *pag*. 388.)

Bisogna adunque rivolgersi sempre alla corte reale da cui dipende il tribunal ricusato per giudicar della ricusa, e nel caso che venga accolta, affinchè sia rinviato il merito innanzi ad un altro tribunale (*Agen*, 28 *agosto* 1809; *Dalloz*, *tom*. 23, *pag*. 347; *Sirey*, *tom*. 10, *pag*. 303; *Limoges* 26 *gennaio* 1824; *Colmar* 23 *aprile* 1837; *Firenze*, 6 *maggio* 1804 *e* 31 *dicembre* 1810, *Dalloz*, *tom*. 23, *pag*. 435; *Douai*, 14 *ottobre* 1816; *Sirey*, *tom*. 17, *pag*. 235; *Sirey*, *tom*. 17, *pag*. 233; *Cassaz*. 28 *dicembre* 1807, *e* 8 *gennaio* 1828); ma spetterebbe evidentemente alla corte di cassazione decidere sopra una ricusa in massa diretta contro una corte reale; il che risulta da un arresto da lei emanato, ai 4 maggio 1831. (*Sirey*, *tom*. 31, *pag*. 303). Questa giurisprudenza è approvata da Merlin, Repertorio alla parola *ricusa*, n. 2, e quistione *eod. loco*, §. 5.

Nulladimeno una decisione della corte di Rennes de' 27 nov. 1807, citata ed approvata da Carrè, sotto l'art 390 + 185, cercò d'introdurre su questo punto una giurisprudenza che ci si permetterà di chiamar singolare. Fondandosi sul motivo che bisogna conservare all'incidente di ricusa o di remissione i due gradi di giurisdizione, e comprendendo nulladimeno che i giudici ricusati non possono concorrere alla sentenza di rimessione, questa corte pretende, che se il tribunale non è in numero, bisogna dirigersi alla corte di appello, ma non già per pronunziare sulla ricusa e per ordinare la rimessione del merito. Perchè dunque? Per indicare un'altro tribunale il quale giudichi siffatta ricusa in primo grado di giurisdizione, salvo a produrre appello dalla sua sentenza innanzi alla stessa corte che l'avea indicato, e quando fossero stati esauriti su questo incidente tutti i gradi di giurisdizione, soltanto allora bisognerà pensare ad indicare un tribunale per giudicare il merito. Noi crediamo che nessun giureconsulto possa trovar regolare una procedura sì lunga, sì complicata, sì dispendiosa, nel mentre è agevole rimuovere con una sola decisione qualunque preliminare difficoltà. Del rimanente si è visto che cotesto sistema è condannato dalla giurisprudenza universale.

Uopo è intanto riflettere che qui le regole in materia civile non si applicano affatto al procedimento criminale, quantunque quelle risguardanti la ricusa sieno ad esso comuni. Di fatti l' art. 542 del codice criminale, contiene delle particolari attribuzioni per le dimande di rimessione; donde risulta che la corte di cassazione, ad esclusione delle corti reali, è la sola competente per pronunziare su tali dimande. In tal guisa giudicò essa stessa, sia che la dimanda di rimessione originasse dall' essersi volontariamente astenuti tutti o la maggior parte de' membri di un tribunal correzionale, sia dalla ripulsa prodotta contro di essi. (11 *novembre* 1807; *Sirey*, *tom*. 1, *pag*. 24"; 9 *novembre* 1808, 2 *agosto* 1800, 8 *feb*. 1811, 23 *giugno* 1814; *Sirey*, *tom*. 15, *pag*. 5, 4 *luglio* 1828; *Sirey*, *tom*. 28, *pag*. 352, 30 *maggio* 1828; *Sirey*, *tom*. 28, *pag*. 388.) Tal'è benanche l'avviso di Merlin, Repertorio alla parola *ricusa*, n. 2, e quistione *eod. loco*, §. 4.

In ogni caso, perchè sia ammissibile la dimanda di rimessione intentata innanzi ad un tribunal superiore, è necessario che la insufficienza de' giudici venga attestata da una deliberazione dell'intero tribunale; poichè un sem-

plice certificato del presidente non potrebbe autorizzare la corte a pronunziare, siccome fu ritenuto da quella di Limoges, colla già citata decisione de' 26 gennaio 1824. (*Sirey* , *tom.* 26, *pag.* 190).

Del rimanente il principio di attribuzione che accorda alle corti reali la facoltà di pronunziare su queste specie di rimessione, produce ancora l' effetto che quando un tribunale è stato interamente ricusato,e la corte ha rimesso molte cause innanzi ad un tribunale , essa può , qualora son cessati i motivi di ricusa , dichiarare che delte cause verranno giudicate dal tribunal ricusato' , ad eccezione di quelle che il tribunale indicato da questa corte si trovi già nel caso di poter giudicare. (*Colmar*, 23 *aprile* 1813.)

Finalmente daremo terminea questa quistione citando alcune decisioni contenenti la valutazione delle cause allegate per ricusare in massa una corte o un tribunale.

Una corte non deve ammettere la ricusa diretta contro di lei senza motivi determinati , precisamente quando questa ricusa ha per oggetto tutte le cause nelle quali può essere interessato il ricusante.(*Parigi*, 4 *dicembre* 1813, *Dalloz*, *tom*. 23, *pag*. 396).

Una dimanda di rinvio,innanzi ad un tribunale diverso da quello che dee naturalmente giudicar la causa,è prematura e senza oggetto, allorchè fondasi sulla impossibilità di costituirsi in luogo ove trovasi la corte innanzi a cui dovrebbe portarsi l'appello. (*Cassaz.* 14 *gennaio* 1829; *Sirey*, *tom*. 29, *pag*. 69).

Allorchè un tribunal competente non ha un numero di patrocinatori sufficienti per rappresentar le parti che hanno interessi distinti, vi ha luogo a rinviarle altrove per le provvidenze di giustizia , purchè però non consentino a prorogare la giurisdizione di un altro tribunale. (*Rennes*, 30 *settembre e* 9 *dicembre* 1808, *e* 20 *dicembre* 1825; *Sirey* , *tom*. 25 , *pag*. 340).

Un intero tribunale non può essere ricusato da colui a danno del quale fu pronunziata la sentenza da tre de' suoi membri sulla stessa quistione , ma in un altro giudizio , precisamente quando gli altri giudici sono ancora in numero competente. (*Brusselles* , 10 *gennaio* 1822; *Giorn. di Bruss. tom*. 1 *del* 1822, *pag*. 126)

Quest' ultima decisione pienamente conferma il sistema da noi esposto , poichè dichiara che anche ritenendo ben fondate le cause di ricusa articolate contro tre giudici, questa circostanza non sarebbe stata sufficiente per ottenere una rimessione , qualora i giudici non ricusati avessero potuto essere sufficienti a costituire il tribunale. Segue da questa decisione, 1. che la rimessione propriamente detta , quella che poggia sopra cause di sospetto particolari ad un piccol numero di giudici,non può dimandarsi che ne' casi di parentela o di affinità , e che gli altri motivi di ricusa non possono da se stessi produrre questo effetto (*vedi la quistione* 1386); 2. che ciò non ostante si va incontro indirettamente al medesimo risultato, allorchè tali motivi di ricusa colpiscono nel tempo stesso un gran numero di giudici per mettere quelli che restano nella impossibilità di formare un tribunale legale.

Per la qual cosa noi decidiamo che la rimessione ad un tribunale può aver luogo per due cagioni: 1. per la parentela o affinità de'giudici nel grado o nelle condizioni previste dall' art. 368; 2. per la insufficienza de' giudici a poter formare un tribunal competente , a causa di essersi astenuti, o di essere stati in qualunque modo ricusati.

Del rimanente sembra essersi professata la medesima teoria, quantunque meno esplicitamente, da Pigeau , Comment. tom. 1 , pag. 659 e 664, Berriat, nota 6, Favard , tom 4, pag. 760, n. 8 e 868, n 7, Dalloz, tom. 23 , pag. 346, 434 e 437 n. 1, e Thomines, n. 420 e 423.

Rispetto poi a ciò che riguarda le dimande di rimessione per causa di sospetto legittimo o di sicurezza pubblica , è questa una materia straniera al nostro piano. Epperò ci limitiamo ad indicare *il Trattato della competenza* di Carrè lib. 2, tit. 6.]

[1314 bis. *Potrebbe intentarsi una dimanda di rimessione per causa di parentela , o di affinità de'giudici con uno de' membri o amministratori di uno stabilimento, direzione o unione, parte nella causa?*

Per analogia desunta dall' art. 379 + 471, bisogna decidere la negativa , tranne però se questi amministratori non abbiano un interesse distinto o personale. (*Vedi*, *la quistione* 1386).

Ma Pigeau, Comment. tom. 1 , pag. 641, malamente conchiude che ne' giudizi di ordi-

ne, di sequestro ec., in cui vi ha una massa di creditori, la parentela de' giudici con uno di essi non potrebbe dar dritto alla dimanda di rimessione, a causa della poca importanza dell'interesse di ciascun di loro.

A noi sembra esser sufficiente che questo interesse esista, per quanto minimo possa essere, perchè siano applicabili gli art. 368 e 378; e che l'eccezione all'art. 379 non riguarda che gli amministratori i quali fossero unicamente gli agenti della massa o della unione, senza esser però nella categoria de' socî. Difatti si è allora che essi possonsi assimilare al tutore il quale, lungi di esserlo per se stesso, trovasi nella causa soltanto come amministratore de' beni del suo pupillo.]

ART. 372 † 464.

[1353 bis. *Se uno de' convenuti non comparisca, e gli altri costituiscano il patrocinatore, e sia dimandata la rimessione durante il corso della istruzione per causa di parentela o di affinità, bisognerà citare benanche il contumace?*

Basterà fargli le notificazioni prescritte dall'art. 372 del cod. di proc. qualora non comparisce, e la sentenza pronunziata contro di lui non sarà soggetta ad opposizione, perciocchè tale sentenza farà dritto alla riunione di contumacia già pronunziata. Tal'è benanche la opinione di Lepage, quistione 8.]

ART. 375 † 467.

1360 bis. *La parte opponente ad una sentenza contumaciale, nel principale, che senza far giudicare il merito, ottiene la declinatoria ad un altro tribunale, e che, sulla novella citazione intimatale a comparire, rimane esclusa per aver trascurato di opporsi, potrebbe forse essere ammessa a produrre opposizione a questa seconda sentenza?*

Se la parte opponente per aver mancato di produrre opposizione è *rimasa esclusa* dal medesimo tribunale che avea pronunziata la prima sentenza, è chiaro che non potrebbe ammettersi una sua seconda opposizione, poichè non può prodursi *opposizione* di *opposizione*, secondo l'art. 165 † 250 del codice di proced., *la opposizione non può giammai ammettersi contro una sentenza che ha rigettata una prima opposizione.*

Sarebbe forse altrimenti, perchè la parte una volta opponente, avrà dimandata ed ottenuta la rimessione innanzi ed un altro tribunale? Citato innanzi a quest'ultimo, che cosa verrà egli a sostenere se non che di aver malamente giudicato la sentenza che l'avea condannato in contumacia? Qual'altra controversia verrebbe ad elevare se non quella già intentata innanzi al primo tribunale adito per mezzo della opposizione? Si è dunque lo stesso giudizio che si prosegue, il quale cangia soltanto di giurisdizione: epperò bisogna continuarlo sugli stessi atti, e considerar la sentenza contumaciale che va ad emettersi, come un vero rigettamento di opposizione, non soggetto ad essere novellamente impugnato per lo stesso mezzo.

Gli è vero che la seconda sentenza contumaciale può in questo caso essere ancora una sentenza contro la parte, il che non avrebbe avuto luogo se la causa fosse rimasta nello stesso tribunale, poichè sulla opposizione la parte avea necessariamente costituito un patrocinatore; donde potrebbe dirsi che il patrocinatore non avendo vigilato per lei, non dovrebbesi affatto rigorosamente trattarla.

Ma questa diversità di posizione, essendo il risultamento del fatto proprio, non deve darle il dritto di prorogare indefinitamente la procedura, ed accumulare senza misura opposizione sopra opposizione. L'art. 165 non va soggetto ad alcuna eccezione.

Del rimanente tal'è l'opinione abbracciata da Pigeau nel suo Comm. tom. 1, pag. 647, (*Vedi la nostra quistione* 695 *ter.*)

ART. 376 † 468.

[1360 ter. *Si può forse produrre appello quando l'oggetto della controversia nel merito è giudicabile in ultimo grado di giurisdizione?*

Che si; argomentando dall'art. 391 † 484 il quale decide in tal guisa per le sentenze sulla ricusa: or le dimande di rimessione sono vere ricuse; e dall'art. 454 † 518 il quale ammette l'appello da tutte le sentenze in cui si tratta d'incompetenza: or le dimande di rimessione sono vere controversie sulla competenza. Finalmente le dimande di rimessione, e per colui che le produce e per la parte avversa, dando luogo a conseguenze molto più importanti delle semplici ricuse, i motivi che dettarono la disposizione dell'art. 361 trovano in questo

caso una più diretta applicazione. Tal' è del resto il sentimento di Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 647, di Favard, tom.4, pag. 868, n. 9, e di Thomines n. 414.]

[1360 quater. *Se durante il giudizio di appello, fosse pronunziato una sentenza, sia dal tribunale che ha rifiutato la rimessione, sia da quello a cui fosse stata la causa rimessa; sarebbe forse nulla la detta sentenza, ancorchè in appresso fosse stata dalla corte riconosciuta la competenza del tribunale da cui venne essa emanata?*

Vedi qui appresso la quistione 1409 *bis*, ed applica gli stessi principi.]

TITOLO XXI.

Della ricusa parziale.

ART. 378 + 470.

[1365 bis. Quid *in materia criminale, correzionale o di semplice polizia?*

Rispetto a' tribunali criminali ed amministrativi, non trovandosi alcuna disposizione particolare nelle leggi da cui sono regolate, la quale si occupi della ricusa, si è sempre opinato doversi su questo punto supplire il loro silenzio colle disposizioni relative alla ricusa in materia civile. Fu così giudicato dalla corte di cassazione alli 24 ottobre 1817 (*Dalloz, tom.* 23, *pag.* 330; *Sirey, tom.* 18, *pag.* 160), e da quella di Caen a'27 marzo 1838; e noi avremo occasione di ritornare su queste decisioni nella quistione 1398 *bis*. Ma però il principio dalle medesime consacrato ci avverte che rispetto alla materia di cui trattiamo, le decisioni pronunziate nelle cause criminali, correzionali e di semplice polizia debbono aver la stessa autorità delle decisioni de'tribunali civili, secondo la giudiziosissima osservazione di Merlin, Repertorio alla parola *ricusa*, §. 3, art. 2. Ed è perciò che noi indifferentemente citeremo le une e le altre.

Rispetto alla ricusa de' giudici di pace essa è regolata dal tit. IX del lib. 1. del nostro codice.]

[1396 bis. *Si può ricusare un tribunale o una corte in massa, e quale sarebbe la procedura da seguirsi in tal caso.*

Questa quistione è trattata al tit. della rimessione n. 1337.]

[1368 bis. *La parentela naturale produce gli stessi effetti della parentela legittima?*

Che sì, perciocchè le presunzioni di affezione o di odio che fecero ammettere nel novero delle cause di ricusa la parentela legittima, possono parimenti derivare dalla parentela naturale. La corte di cassazione, a'6 aprile 1809 (*Dalloz, tom.* 27, *pag.* 93; *Sirey, tom.* 9, *pag.* 136) decise benanche che il figlio naturale, incestuoso o adulterino della donna, è parente del marito di questa donna, e come tale soggetto alle cause di ripulse indicate dalla legge contro i testimonî; ed a maggior ragione simili relazioni autorizzano una ricusa.

Il nostro avviso è abbracciato da Thomines n. 426.]

[1376 bis. *Il giudice consulente giudiziario di una delle parti può essere ricusato dall' altra? Quid del giudice donante?*

Si, sulla prima parte della quistione, per un motivo analogo a quello che fa ammettere la ricusa del giudice tutore, tutore surrogato o curatore. Tutte queste funzioni si somigliano strettamente fra loro; esse suppongono sempre, in colui che le adempie, un grado di affezione proporzionato alla misura di protezione per la persona i cui interessi egli è incaricato di sorvegliare, talchè lo rendono anche parte nella causa di detta persona. Tal' è l'opinione di Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 655. All'indarno opporrebbesi che la legge non contenente espressamente la indicazione di questa causa, potrebbesi, appoggiandosi a ciò che abbiam detto sulla quistione 1364, riguardare questa omissione come una esclusione. Le considerazioni da noi esposte fanno intravedere molta analogia fra le diversi posizioni di un tutore, di un curatore, e di un consulente giudiziario, per non applicar loro la medesima decisione.

Ma, secondo noi, non potrebbesi ricusare il giudice donante, siccome opina Pigeau, *proc. civ. e Comm.* tom. 1, pag. 655, quantunque le relazioni di affezione sieno correlative tra il donante ed il donatario, e che la stessa legge introduca una causa espressa di ricusa contro il giudice di cui la parte è erede presuntiva, siccome del pari contro colui che è erede presuntivo della parte. Le affezioni del cuore sono sì diverse che sarebbe pericoloso, in materia legale, di estendere l'analogia dall'una all'altra. Non così dell'interesse, ch'è sempre lo stesso.]

[1376 ter. *Sono forse ricusabili i giudici come abitanti di un comune ch'è parte in un giudizio* ?

Il paragrafo 7 dell'art. 378 ammette la ricusa contro il giudice amministratore di qualunque stabilimento, società o direzione, parte nella causa. I comuni dovendo esser compresi sotto uno de'termini di questa enumerazione, il giudice potrebbe esser ricusato solquando vi esercitasse qualche funzione municipale; epperò la semplice qualità di abitante del comune non potrebbe produrre questo effetto; il che fu giudicato dalla corte di cassazione a'4 luglio 1816 (*Dalloz, tom.* 23, *pag.* 334; *Sirey, tom.* 16, *pag.* 386), e 16 dicembre 1828 (*Sirey, tom.* 30, *pag.* 114).

Pertanto bisogna fare una distinzione, siccome facemmo rispetto ai testimoni sulla quistione 1101 *ter*, se l'oggetto della controversia sia di natura tale da interessare personalmente ciascun abitante, e se sia un oggetto di cui godono *ut singuli*, siccome un dritto di uso ec., ovvero se sia un oggetto che non interessi la comunità, siccome la proprietà di un immobile la cui rendita fosse dal comune percepita. Nel primo caso, ciascun abitante, relativamente al successo favorevole al comune, ha un interesse positivo, che sembraci d'indole tale a fare ammettere la ricusa al pari della ripulsa; nel secondo caso, questo interesse è sempre di una lievissima importanza, se pur talvolta non è nullo ed in opposizione con quello del comune perchè possa addivenire una causa sia di ripulsa contro un testimone, sia di ricusa contro un giudice.]

Art. 380 † 473.

[1392 bis. *In qual modo dev' esser composta la camera per pronunziare su i motivi che uno de'giudici propone per astenersi dal giudicare ?*

Potrebbe dirsi con Favard, tom. 4, pag. 475, n. 1., che se i giudici i quali fan parte di questa camera non sono in numero sufficiente, astrazion fatta da colui che vuole astenersi, essi debbono aggiungere un altro giudice per rimpiazzarlo, non potendo da essi pronunziarsi alcuna decisione di qualunque siasi genere se non quando sono in numero. Pertanto la corte di cassazione giudicò il contrario con arresto del 15 ottobre 1829, secondo il quale le espressioni *alla camera* debbono intendersi della camera tale quale rattrovasi composta nel momento in cui il giudice fa la sua dichiarazione.

Forse ad alcuni sembrerà poco ammissibile siffatta giurisprudenza; sostenendo che essa conduca ad uno di questi due inconvenienti; o che il giudice parteciperà egli stesso alla decisione che dimanda per essere illuminato, o che questa decisione sarà pronunziata da un numero insufficiente di giudici, ed anche da un solo, se tutti gli altri, il che può accadere, credano dover fare la dichiarazione di cui parla l'art. 380.

Ma ciò che ci determina ad abbracciare la decisione della corte suprema si è, come infatti essa ha osservato nelle sue considerazioni, che la dichiarazione del giudice che si astiene sembra dar luogo ad un semplice avviso, e non già ad una vera sentenza per parte de' suoi colleghi. Si è visto nella quist. 1387 essere inutile lasciarne traccia sul foglio di udienza, e nella quistione 1388, che la camera potrebbe ammettere ogni specie di motivo, quantunque dalla legge non previsto. Queste due circostanze danno a codesto avviso un carattere officioso che gl' impedisce di rassomigliare ad una sentenza, e quindi le forme a questa essenziale, non sono necessarie nel caso di cui trattiamo.

Sarebbe al certo altrimenti se si trattasse di pronunziare sulla ricusa proposta da una parte; perchè allora bisogna rendere una vera sentenza, donde segue che la camera dev'essere in numero. Perlocchè malamente, secondo noi, Carrè nella quistione 1400, ha confuso due casi, quello cioè in cui il giudice da se stesso si astiene e quello della ricusa, per applicar loro la medesima decisione, che noi adottiamo soltanto relativamente alla ricusa.]

Art. 382 † 475.

[1393 bis. *In caso di sentenza interlocutoria, quando reputansi incominciate le aringhe, ai termini dell'art.* 382 ?

Due decisioni della corte di Metz de'4 agosto 1818 e 7 settembre 1819 (*Dalloz, tom.* 23, *pag.* 311) ragionevolmente decisero potersi proporre la ricusa finchè non siano cominciate le aringhe tendenti ad ottenere la sentenza diffinitiva: talchè il giudice che è concorso nella sentenza interlocutoria senza essere ricusato,

può esserlo posteriormente e fino alle novelle aringhe,le quali saran necessarie per l'adempimento di tale interlocutoria. Tal'è l'opinione di Thomines n. 452.]

[1393 ter. *Risulta forse dall' art. 382 che la ricusazione di un giudice di prima istanza non sia più ammissibile in grado di appello, e quella di un magistrato della corte, nella cassazione?*

Sì, senza dubbio.]

Art. 383 † 476.

[1395 bis. *Può forse la ricusa aver luogo contro il giudice delegato, anche quando fosse uno di colorò che presero parte alla sentenza?*

Il motivo di dubitarne nasce dal perchè l'art. 382 vieta le ricuse contro i giudici della causa dopo il cominciamento delle aringhe. Or, essendo il commessario nominato dalla sentenza, è chiaro che egli non è conosciuto prima delle aringhe,donde potrebbe credersi che l'art. 383 applicasi soltanto al commissario scelto fuori del tribunale o dalla camera che ha pronunziato, poichè fin qui non era stato giudice della causa.

Ma Pigeau, Comm., tom. 1, pag. 663, fa con molta aggiustatezza osservare, che il fatto della commissione può sempre più far sentire la necessità di una ricusa che fino a quell'epoca erasi creduta inutile, poichè dà al giudice incaricato una maggior influenza sullo spirito de'suoi colleghi,e quindi ne segue che il dritto di ricusa che non erasi più in tempo di esercitare contro il magistrato, se fosse rimaso semplice giudice, deve in qualche modo vivere,appena egli diviene commessario.Epperò importa poco, perchè si abbia questo dritto, che il commissario sia stato o pur no scelto tra coloro che assistettero alle aringhe e pronunziarono la sentenza.

Finalmente noi dobbiamo adottare questa opinione anche pel motivo, cioè, che alla quistione 1393 *bis* decidemmo potersi presentar la ricusa di una sentenza interlocutoria o preparatoria.]

[1397 bis. *Bisogna forse aggiungere al termine prescritto dell'art. 383 un giorno per ogni tre miriametri di distanza?*

Pigeau Comm. tom. 1, pag. 663, fa sulla presente quistione una distinzione che non è nell'articolo, allorchè decide non doversi accordare l'aumento del termine nel caso in cui il giudice commessario è scelto fra i giudici che pronunziarono la sentenza, per la ragione,egli dice, che il patrocinatore ha potuto istruire la parte del nome de'giudici, ed avrebbe potuto prevedere che il giudice commessario sarebbe stato nominato tra essi. Nel caso in cui il giudice commessario non è affatto concorso nella sentenza Pigeau accorda l'aumento del termine. A noi sembra però che tale aumento debba accordarsi in entrambi i casi. Infatti Pigeau conviene esservi parimenti tre giorni soltanto allorchè vi è stata costituzione di patrocinatore; epperò anche per questo caso dovrebbe ammettere una distinzione, valendo lo stesso motivo che vale per quello in cui il patrocinatore non ha potuto fare l'atto di avviso; ma tutte queste distinzioni dimostrano che Pigeau sentiva la ingiustizia che vi sarebbe se si volesse far correre un termine contro una parte la quale non avesse potuto conoscere la nomina del giudice: or, in tutti i casi, sarebbe lo stesso allorchè la parte domiciliasse in una distanza maggiore di tre miriametri.]

Art. 384 † 478.

[1398 bis. *Qual'è il tribunale che deve pronunziare sulla ricusa?*

Risulta da'diversi articoli del cod. di proc. nel tit. della *ricusa*, e segnatamente dagli art. 380 e 385 † 473 e 478 che spetta pronunziar sulla ricusa al tribunale di cui fa parte il giudice ricusato, e che è chiamato a conoscere della causa in occasione della quale fu prodotta la detta ricusa. In tal guisa si espresse la corte di cassazione a' 24 ottobre 1817 (*Dalloz, t.* 23, *pag.* 330; *Sirey, tom.* 18, *pag.* 160); ed essa è partita dal principio che il tribunale correzionale deve pronunziare sulla ricusa di uno de'suoi membri, siccome il tribunal civile sulla ricusa di uno de'suoi. La corte di Lione, ai 16 decembre 1831, giudicò benanche, che la dimanda di ricusa contro il pubblico ministero devè intentarsi innanzi la camera chiamata a giudicar sulla causa che vi dà luogo, e quindi doversi annullare,per causa d'incompetenza,la sentenza di un tribunale,il quale non dichiari aver pronunziato correzionalmente sulla dimanda di ricusa prodotta in un giudizio correzionale, sul quale egli è chiamato a giudicare.

Relativamente al tribunal competente per

giudicar la ricusa di un giudice di pace, vedi il tit. IX del lib. 1; per quella de'periti-arbitri o degli arbitri, vedi gli art. 430 e 1014 + T. e 1090; per quella di un intero tribunale, la quistione 1337 al titolo delle *rimessioni*. (*Vedi ancora le nostre quistioni* 1365, 1398).]

[1398 ter. *La istruzione deve forse esser pubblica o secreta?*

La sezione di legislazione del tribunato dimandava che, per un riguardo dovuto alla magistratura, la istruzione e la sentenza sulla ricusa avessero luogo nella camera del consiglio, e non già nella pubblica udienza. Ma questa proposizione non fu adottata; epperò la corte di Besançon malamente decise agli 11 febbraio 1809 (*Dalloz, tom.* 23, *pag.* 339), dichiarando che la dimanda di ricusa s'istruisce e si giudica in prima istanza, senza che la parte che la produsse sia citata per lo rapporto, senza che questo rapporto sia pubblico, e senza che sia notificato il giorno nel quale avrà luogo. All'opposto la corte di Orleans decise a'10 gennaio 1808, che la sentenza la quale ammette i fatti di ricusa, e quella che pronunzia sul loro merito, debbono pronunziarsi in pubblica udienza e sulle conclusioni del pubblico ministero a pena di nullità. Questo principio insegnato da Merlin, quistione alla parola *Tribunale di appello*, §. 5. n. 4, e da Favard, tom. 4, pag. 796, n. 4, fu finalmente consacrato da un formale arresto di cassazione dei 9 decembre 1831 (*Sirey, tom.* 32, *pag.* 216), al quale si è dopo uniformata la corte di Parigi in una decisione de'17 giugno 1834. (*Vedi la nostra quistione* 202).]

ART. 387 + 480.

[1405 bis. *Se indipendentemente dal giudice ricusato, gli altri membri della camera fossero in un numero sufficiente, dovrebbe forse benanche aver luogo la sospensione?*

Che sì; ammenochè il giudice non si astenesse volontariamente e col consenso de' suoi colleghi (*vedi art.* 380 + 473); altrimenti la semplice ricusazione non giudicata e non ammessa, produrrebbe l' effetto di privare l' avversario del ricusante, di un magistrato il cui parere e suffragio possono apportare de'cangiamenti alle conseguenze della deliberazione, ciò che sarebbe contrario alle regole di una buona giurisprudenza.]

ART. 389 + 482.

[1405 ter. *Il principio di pruova, di cui parla questo articolo, debb' essere stabilito per iscritto?*

Pigeau, Comm. t. 1, pag. 670, fondandosi indubitatamente sul motivo che le parole *per iscritto* non sono ripetute dopo quelle *principio di pruova*, insegna che può essere stabilito in qualunque altra maniera: per esempio col mezzo di fatti non impugnati, donde risulterebbe una presunzione della verità di quelli che alligansi.

Ma non puossi rispondere: l'art. 889 parla separatamente di una pruova e di un principio di pruova? Allorchè trattasi della pruova completa, la esige per iscritto: sarebbe possibile che prenda meno precauzioni per un semplice principio di prova? Da siffatta riflessione conseguita che le parole *per iscritto* applicansi tanto alla parte della frase che le siegue quanto a quella che le precede; e la parola *presenti* di cui servesi il legislatore, viene puranco in appoggio della nostra interpetrazione.

Del resto siffatta dottrina è implicitamente insegnata da Carrè nel suo n. CCCXXI, come appresso, da Thomines n. 436, e consacrata da un arresto della corte di cassazione del 16 novembre 1825 (*Sirey, tom.* 26, *pag.* 211) il quale giudicò che quando per motivare la ricusa de' giudici o degli arbitri, si allegano fatti senza produrre in appoggio *principio di prova per iscritto*, la sentenza o la decisione che rifiuta d'ammettere la prova testimoniale non è soggetta alla censura della corte suprema.]

[1405 quater. *Si può forse appellare dalla sentenza che ordina la prova testimoniale dei motivi di ricusa?*

Noi crediamo con Demiau, pag. 286, che essendo una tale sentenza interlocutoria, possa prodursi l'appello, giusta il principio consacrato dall'art. 391 + 484 del codice di procedura. (*Ved. le quist. trattate su questo articolo*).]

[1405 quinquies. *Contro di chi e con chi si fa la prova testimoniale?*

Pigeau Comm. t. 3, pag. 670, e Thomines n. 436, ragionevolmente avvisano che la prova testimoniale non debbe farsi in contraddizione nè del giudice, il quale non è affatto parte in giudizio, purchè però non sia intervenu-

to per ottenere una riparazione, nè delle parti avverse. Quantunque il procedimento di ricusa sia comune alle parti, nulladimeno, siccome dicemmo nella quistione 1409, niuna disposizione prescrive la notificazione degli atti che soltanto indirettamente le riguardano.

Per la qual cosa questo esame non sarà soggetto alle regole ordinarie, e sulle conclusioni del pubblico ministero, il tribunale pronunzierà la sua sentenza.]

[1409 bis. *Le sentenze nelle quali avesse preso parte il giudice ricusato, e le operazioni da lui fatte, a malgrado dell'appello e fuori il caso di una urgenza riconosciuta, sarebbero forse nulle, onche quando la ricusa fosse giudicata nel deffinitivo malomente fondata?*

Che si, quantunque possa dirsi che non essendo valida la ricusa, il giudice avea la facoltà di giudicare, e la decisione su questo punto interposta deve naturalmente avere un effetto retroattivo fino a rendere validi tutti gli atti anteriori.

Nulladimeno siccome il giudizio di ricusa colpisce il giudice di una momentanea interdizione, è certo che durante tale giudizio egli rimane senza facoltà, e tutti gli atti che esegue non hanno maggior valore di quelli che fossero emanati da un particolare.

Questi atti e queste sentenze sono nulle, anche quando i giudici che vi hanno con lui concorso fossero stati da se soli in numero sufficiente, perchè la sua presenza ha potuto cangiare il risultamento della deliberazione. Queste osservazioni fatte da Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 672 e 673, ci sembrano fondate sullo spirito e sul testo della legge.]

TITOLO XXII.

Della perenzione.

Art. 397 + 490.

[1409 ter. *Il termine tanto ordinario, che stroordinario, fissato dall' art.* 397 *debb' esser aumentato in ragion delle distanze?*

No, perciocchè i soli casi ne' quali può ricevere aumento, son determinati dall' art. 397; d'altronde è chiaro che la disposizione dell'art. 1033 + 1109 è per sua natura e per suo scopo applicabile soltanto a' termini di breve durata. Siffatta soluzione fu adottata dalla corte di Tolosa ai 3 gennaio 1823 (*Dalloz, tom.* 22, *pag.* 283); ed è approvata da Dalloz, tom. 22, pag. 241, n. 4, e da Reynaud, n. 24.]

[1410 bis. *Che cosa bisogna intendere per la parola istanza di cui fa uso l'art.* 397?

Bisogna intendere tutti gli atti di procedura fatti dinanzi un tribunale per giungere alla decisione di una lite; epperò le procedure estragiudiziarie, come lo sperimento preliminare della conciliazione, il pignoramento, ed altre, delle quali non si richiede il ministero del giudice, non sono comprese nelle disposizioni dell'art. 397, e non possono rimaner perente.

Siffatta dottrina fu consacrata, per quanto risguarda il preliminare della conciliazione, dalla corte di Agen, con decisione del 7 marzo 1808 (*Dalloz, tom.* 22, *pag.* 251), e dalla corte di Grenoble ai 6 marzo 1823 (*Sirey, tom.* 24, *p.* 61), ed è insegnata da Carrè, come qui appresso alla *Quistione* 1449, bis. e da Pigeau, *Commen.* tom. 1, pag. 677, Merlin, Rep. alla parola *Perenzione*, pag. 340, e da Reynaud, n. 14.

Una decisione della corte di Parigi del 28 germinale anno XI (*Dalloz, tom.* 24, *pag.* 69; *Sirey, tom.* 3, *pag.* 253) applicò la detta teoria a' pignoramenti; e tale benanche è il parere di Pigeau, Comment. tom. 2, pag. 194, e di Boitard, t. 2, pag. 34. Quest'ultimo scrittore fa ragionevolmente osservare esservi nulladimeno delle regole particolari a taluni sequestri, e che i termini da esse prescritti non posson spesso esser trascurati sotto pena di decadenza; ma tali specie di procedura non si perimono mai in forza dell'art. 397 del codice di procedura civile.

Valeva lo stesso, sotto l'antico dritto, rispetto ai sequestri mobiliari, come giudicò un arresto della corte di cassazione del 14 agosto 1820, non che relativamente all'atto col quale un giudice di pace nominava degli arbitri sulla dimanda di un comune, siccome era prescritto dalla legge del 10 giugno 1793. (*Cass.* 18 *maggio* 1829). Ma, siccome fa osservare Thomines al n. 442, i sequestri di rendite, quelli degl' immobili non sono esenti dalla perenzione, perciocchè sono vere istanze eseguite dinanzi ai tribunali, e che bisogna necessariamente indicarvi il *tribunale*, il quale ne dovrà conoscere, e costituire il patrocinatore; lo stesso principio è applicabile al pignoramento de' mobili.

In quanto alla procedura di graduazione,

siccome essa può aver luogo stragiudiziariamente, e dinanzi al solo giudice commessario, senza che intervenga il tribunale, sembraci che fino a quando trovasi ancora in questo primo stadio, non debbasi riguardarla come una istanza, nè in consegnenza sottometterla a perenzione; ma sarebbe altrimenti se in seguito di contraddizioni fra le parti, il tribunale venisse a conoscere di siffatta procedura; allora vi sarebbero veramente delle discussioni giudiziarie, la chiusura del verbale di graduazione dipenderebbe dalla sentenza su tali discussioni; e sarebbe quindi unisono a'principi applicar loro le disposizioni dell' art. 397.]

[1410 ter. *La dimanda di separazione personale è soggetta forse alla perenzione se non vien proseguita da altri atti durante tre anni dalla comparsa dinanzi al presidente ?*

Sulla quist. 254, abbiam ritenuto che la citazione a comparire innanzi al presidente del tribunale, il quale deve conoscere della dimanda di separazione personale era una vera introduzione del giudizio. La necessaria conseguenza di siffatto principio si è, che la mancanza di proseguimento durante tre anni da questa citazione, o anche dopo la comparsa, dà luogo alla perenzione di tale giudizio. Adunque fa d'uopo risolvere affermativamente la proposta questione.

[1414 bis. *La perenzione di una sentenza contumaciale porta seco la perenzione dell' istanza ?*

Carrè avea diggià enunciata la sua opinione nella nota alla quistione 648. Nel suo consulto de'21 novembre 1823, che noi crediamo inutile riportare, egli sviluppa in un modo più ampio le conseguenze del suo principio, dichiarando positivamente che la perenzione pronunziata contro la sentenza dall'art. 156 † 250 lascia sussistere in tutta la lor forza gli atti del giudizio sul quale è intervenuta; donde segue potersi agire per una novella sentenza senza bisogno di altre citazioni.

Noi crediamo che questo sentimento è uniforme al testo della legge, nonchè alla giurisprudenza ed alla opinione degli scrittori.

L'art. 136 contiene una disposizione rigorosa, la quale dev'esser limitata ai termini in cui è concepita; l' art. 401 è una prova evidente della intenzione del legislatore: in quest'ultimo articolo esso ha dichiarato estinta tutta la procedura; ed il suo silenzio nell'art. 155† 249; deve risolvere la quistione.

Berriat alla parola *sentenza* contumaciale, nota 19, n. 6, Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 356, Favard, tom. 3, pag. 175, Boncenne, tom. 1, pag. 165, n. 118, Merlin Repertorio, sez. 2. §. 1, n. 18, e Reynaud, n. 160 professano la stessa dottrina, che una sola decisione della corte di Limoges de' 21 gennaio 1816 (*Dalloz, tom.* 18, *pag.* 425) ha proscritta, ma che tutti gli altri han sanzionata.

Il che implicitamente risulta da un arresto della corte di cassazione delli 11 giugno 1823 (*Sirey, tom.* 23, *pag.* 317) che sarà utilissimo di consultare, e formalmente dalle corti di Ruen, 17 novembre 1812, di Limoges, 10 maggio 1819 (*Dalloz, tom.* 18, *pag.* 445; *Sirey, tom.* 21, *pag.* 62), di Parigi, 25 feb. 1826 (*Sirey, tom* 26, *pag.* 291), e 1 maggio 1832, di Bourges, 30 giugno 1829 (*Sirey, tom.* 30, *pag.* 101), di Bordò, 20 feb. 1835 (*Sirey, tom.* 35, *pag.* 265) e di Brusselles, 17 ottobre 1822 (*Giorn. di Bruss. tom.* 2 *del* 1822 *pag.* 306) e 11 marzo 1835 (*Giorn. med. tom.* 2 *del* 1835, *pag.* 315). Una decisione della corte di Nimes de'30 agosto 1829, già riportata nella quistione 663, giustamente decise che una sentenza di riassunzione d'istanza pronunziata in contumacia e perenta, per non averla eseguita fra i sei mesi, non poteva impedire la perenzione della istanza principale; ma ciò nulla mette in essere contro la dottrina da noi ora esposta. Nella specie, essendo annullata la sentenza, bisognava rimontare a più di tre anni per incontrare l'ultimo atto della procedura; epperò la procedura anteriore era colpita dalla perenzione ordinaria dell' art. 397.

Or tutto ciò che abbiam voluto dire, si è che la breve perenzione di una sentenza contumaciale non porta seco quella della istanza, la quale trovasi d' altronde sostenuta dagli atti anteriori, la cui data nulladimeno non rimonta affatto a tre anni. (*Vedi qui appresso la quistione* 1421 *bis*).

Vedi benanche la quistione 1422 in cui noi esaminiamo gli effetti che può produrre sulla istanza principale, la perenzione della istanza di opposizione.]

[1421 bis. *Allorchè la sospensione degli atti è cagionata dalla negligenza di una parte o dagli ostacoli da lei opposti, potrà nulladimeno essa stessa dimandare la perenzione?*

Noi rispondiamo: Sì, salvo il caso di dolo e di frode, poichè la perenzione applicasi a qua-

lunque istanza esistente, e che è sempre dipeso dalla parte avversa di togliere gli ostacoli o di supplire alla negligenza.

Laonde non approviamo affatto una decisione della corte di Rouen de'5 luglio 1828 (*Sirey*, *tom*. 29, *pag*. 248), la quale decide che quando la perenzione ha luogo pel fatto e per la negligenza delle due parti, i giudici possono dispensarsi dal pronunziarla.

Nella mancanza di qualunque legge sulla perenzione, questa decisione formerebbe giurisprudenza, poichè poggiata sopra un principio di equità, ma bisogna convenire che sotto l'impero del codice di procedura, essa viola il testo formale della legge: l'art. 397 contiene una regola troppo generale per ammettere altre eccezioni oltre al caso di dolo e di frode.

E neanche possiamo approvare la decisione della corte di cassazione de' 7 marzo 1820 (*Dalloz*, *tom*. 22 *pag*. 268), la quale decide che colui il quale, dopo di aver rimesso i suoi documenti nelle mani del relatore, li ha posteriormente ritirati, non può invocare la perenzione, risultante dalla sospensione degli atti, cagionata dall'essersi ritirati i documenti. Ma in questo caso, come in quello previsto dalla precedente quistione, non che nell' altro della stessa corte de' 2 febbraio 1830 (*Sirey*, *tom*. 30, *pag*. 241), non dipendeva forse dalla parte che minacciava la perenzione di fare giudicare la causa, indipendentemente dalle produzioni del suo avversario? L'art. 99 + 194 del cod. di procedura non gliene forniva forse il mezzo? e la parte che ha ricevuto taluni documenti in comunicazione e che non li rende, è forse inammissibile a dimandare la perenzione, sotto pretesto che l'ha paralizzato in tal guisa l' andamento della procedura, come fu benanche deciso dalla corte di Rouen, a' 10 luglio 1811 (*Dalloz*, *tom*. 22 *pag*. 268)? No senza dubbio, poichè il suo avversario avea de' mezzi per fargli eli rendere. Del pari non bisogna dire colla corte di Brusselles 16 aprile 1830 (*Giorn. di Brus*. 1830, *parte* 1, *pag*. 385), che la parte ammessa a fare una pruova e che ha lasciato decorrere tre anni senza eseguirla, non può invocare la perenzione risultante da questa sospensione di procedimento, ma piuttosto colla corte di Lione, a'2 marzo 1830 (*Sirey tom*. 81 *pag*. 268) che sebbene una parte sia incaricata di eseguire un esame che avrebbe potuto anche essersi ordinato nel suo interesse, nulla impedisce all'altra parte di riportare questo esame se lo giudica conveniente, di procedere sopra di esso, e far tutti gli altri atti capaci d'interrompere la perenzione. Bisogna nulladimeno rimarcare che se fu accordato un termine ad una parte per fare una giustificazione, questo termine sospende la perenzione rispetto all'altra parte, la quale fin qui deve rispettare la decisione de' giudici ed astenersi di agire, ma allo spirar de'termini ricomincia il corso della perenzione. (*Bordò* 14 *agosto* 1833).

Merlin, tom. 17, pag. 311, e Reynaud n. 38 approvano e difendono i principi donde noi facciamo risultare queste critiche osservazioni, le quali possono applicarsi egualmente ad una decisione della corte di Brusselles de' 15 feb. 1835 (*Gior. di Bruss*. *t*. 1, *del* 1825.*p*. 158).

Ma questa corte ragionevolmente giudicò a 26 aprile 1831 che l' appello interposto per un caso eventuale o sotto una condizione apposta dall'appellante soltanto, è suscettibile di perenzione, anche prima che si verifichi questa condizione o questo caso, poichè diversamente sarebbe lo stesso di permettere all' appellante di avvalersi, per scusare la sua negligenza, di un fatto che gli è personale e che d' altronde non poteva impedirlo di agire.]

[1421. *La sentenza contumaciale sul merito reputasi terminare l' istanza, ed in conseguenza metter ostacolo ad una dimanda ulteriore per la perenzione?*

In risguardo alle sentenze contumaciali notificate pria dello spirar del termine per la perenzione, non puossi dubitar che esse non abbiano la forza d'interromperla ed allora rimane soltanto il mezzo della opposizione per impugnarle.

Ma la difficoltà è più grave allorquando tali sentenze non sono state notificate. Noi crediamo doversi distinguere le sentenze contumaciali di parte da quelle di patrocinatori. In quanto alle ultime, opiniamo che non posson soggiacere alla perenzione, imperciocchè quantunque non notificate nè eseguite, sussiston però come atti diffinitivi emanati dal potere giudiziario che regola i dritti delle parti.

Relativamente alle sentenze contumaciali di parte, applicheremo loro la stessa decisione ogni qual volta potrebbonsi riguardare come sussistenti, val dire durante i sei mesi dalla loro pronunziazione.

Dopo questo termine, rimanendo annullate, non posson più sostenere la istanza. Questa dunque sparirebbe,se non avessero avuto luogo altri atti che interrompono la perenzione. (*V. sulla quist.*1414 *una decisione della corte di Nimes del* 30 *ag.*1829, *e le nostre osservazioni.*)

Nulladimeno la corte di Parigi, ai 32 giugno del 1813 (*Dalloz, tom.*22, *pag.* 162, *Sirey, tom.* 22, *pag.* 34),la corte di Lione ai 6 agosto 1824 (*Sirey tom.*26 *pag.* 319), decisero senza alcuna distinzione che una sentenza contumaciale non spedita nè notificata,non può interrompere la perenzione. Nella specie presentata alla corte di Parigi, trattavasi è vero di una sentenza perenta per mancanza di esecuzione, ma questo motivo, che sembravaci il solo reale, non fu invocato dalla decisione.

Carrè alla nota della quistione 1437, adotta in parte la decisione della corte di Parigi, opinando nello stesso modo che una sentenza contumaciale non notificata debbe riguardarsi come non avvenuta, e non può conseguentemente sanare la perenzione, ma non vuole che da ciò possa conchiudersi esser necessaria la notificazione in tutti gli altri casi in cui si tratta d'interrompere la perenzione, e non pertanto tale sembra il risultamento delle considerazioni di siffatta decisione. Pigeau, procedura civile, al num. 3 del capitolo della *perenzione* e *Comment.* tom. 1, pag. 685, in fine, va più lontano di Carrè. Egli ammette generalmente e senza distinzione la teorla della corte di Parigi. Essendo la perenzione una specie di prescrizione è necessario, secondo questo giureconsulto, che gli atti che la interrompono sieno notificati, perciocchè sino a quando la parte avversa l' ignora, ha giusto motivo di credere che l'azione contro di lei intentata non siasi proseguita. Daltronde, aggiunge Pigeau, una sentenza contumaciale, suscettibile di opposizione non dà fine al giudizio. Ma questo motivo non è approvato da Berriat, tom. 1, nota 12, n. 3, poichè, fa osservare questo scrittore, se si volesse ammetterlo, bisognerebbe dire benanche che le sentenze in contraddizione di prima istanza non terminano il giudizio,dal perchè son suscettive di appello. In conseguenza Berriat rigetta l'opinione di Pigeau, per adottare quella di Rodier, il quale opina che una sentenza contumaciale, quantunque non notificata, sana la perenzione. Nulladimeno, Berriat aggiunge, che non è lo stesso allorchè la sentenza medesima è perenta, val dire dopo i sei mesi. Tal'è benanche il parere di Merlin, Repert, alla parola *Perenzione*, n.10. Questo dotto giureconsulto si avvisa che una sentenza contumaciale termina l' istanza, ma condizionatamente, val a dire salva l'opposizione, e purchè sia stata eseguita ne' sei mesi. Risulta da ciò che se la sentenza è nulla,sia per effetto della opposizione, sia per mancanza di esecuzione ne'sei mesi,la perenzione ricomincerà a decorrere, perciocchè in questi due casi considerasi come non avvenuta, ma fino a questo momento forma un ostacolo alla perenzione.Quello che sembra d' altronde a Merlin una ragione incontrastabile, si è che oggidì non vi ha più dubbio che una sentenza contumaciale non notificata possa esser validamente iscritta come titolo ipotecario. Or per produrre un tal effetto fa mestieri che siffatta sentenza esista, ma non puossi ammettere questa conseguenza senz'ammettere benanche che essa termina il giudizio; perciocchè è tale il principal effetto di una sentenza;adunque se dà fine al giudizio, è necessario conchiudere che arresta la perenzione. Ed appunto in tali sensi, e colla stessa restrizione, fu la quistione decisa dalle corti di Brusselles,ai 17 ottobre 1822, (*Gior. dl B. t.* 2 *del* 1822, *pag.* 306), di Bordeaux, 4 febbraio 1830 (Sirey tom. 30 pag. 173), di Bourges 1. marzo 1831 (*Sirey, tom.* 31, *pag.* 250), e dalla corte di cassazione, li 19 aprile 1830 (*Sirey tom.* 31 *pag.* 189). Reynaud, n. 63, si associa come noi al parere di Merlin.]

[1421 quater. *Un arresto di cassazione è forse un ostacolo alla perenzione d'istanza dinanzi la corte di rinvio? La perenzione ha forse luogo dinanzi la Corte di cassazione?*

Un arresto di cassazione non è un ostacolo alla perenzione dell'istanza dinanzi la Corte di rinvio; perchè non termina affatto il giudizio di appello; e da quest'epoca la istanza, che non ha cangiato di natura, è soggetta a tutti gl' incidenti dei giudizi ordinari, per lo che può essere perenta dinanzi alla Corte di rinvio, il che avviene anche quando non sia stata intimata alcuna citazione a comparire avanti siffatta novella Corte (*cassazione*, 12 *giugno* 1827, *Sirey*, *tom.* 27, *pag.* 338, *Besançon*, 15 *marzo* 1828, *Sirey*, *tom.* 28, *pag.* 265, *Tolosa*, 10 *luglio* 1832, *Sirey*, *tom.* 32, *pag.* 599), o anche quando dopo la corte di cassazione, non sia stata indicata la Corte di

rinvia nè notificato l' arresto di cassazione. (*Cass.* 18 *febbraio* 1828. *Sirey*, *tom.* 29 *pag.* 127-)

Ma la perenzione non decorre dinanzi la stessa Corte di cassazione, in risguardo al giudizio di appello, non contenendo il regolamento del 1728 alcuna disposizione su questa procedura, soltanto la prescrizione trentenaria estingue siffatta istanza, perciocchè questo mezzo di estinzione di una azione, è di dritto comune; il che appunto fu giudicato dalla Corte di cassazione al 16 gennaio 1837. Può vedersi al tom. 41 pag. 458 del giornale dei Pal. il parere ben motivato su questo punto dal consigliere *Hue*, e l' avviso uniforme di Dalloz, tom. 22, pag. 240, n. 6 e 7.

[1423 bis. *Perchè la circostanza la quale dà luogo alla riassunzione d' istanza proroghi di sei mesi il termine della perenzione, è necessario forse che sia notificata?*

Può dirsi per l' affermativa, che per verità non vi ha luogo a riassunzione d'istanza, almeno rispetto ad avvenimenti i quali han bisogno di essere notificati, come la morte della parte, se non quando abbia avuto luogo la notificazione (*art.* 344 *del cod. di procedura*); d'onde sembra risultare che la notificazione è ugualmente necessaria per aumentare il termine. Ed appunto per questo motivo la quistione fu così decisa dalle corti di Caen, 17 gennaio 1828 (*Sirey*, *tom.* 30, *pag.* 134), e di Dijon, li 26 maggio 1830.

Ma l'art. 997 non dice che il termine sarà aumentato nel caso in cui vi sarà stata notificazione, ma ogni qual volta *vi sia luogo* a dimandare la riassunzione d' istanza Lo scopo del legislatore fu di lasciare il tempo all' erede di deliberare, e di fare inventario; e questo è uno de' casi ben rari per la procedura in cui fa d' uopo attenersi tanto allo spirito che alla lettera della legge. (*Ved. in tali sensi*, *Reynaud n.* 27).

Epperò la soluzione negativa fu adottata dalle corti di Lione il 16 maggio 1817, di Poitiers, il 22 gennajo 1823, di Metz, il 12 aprile 1826, di Bordeaux, li 11 agosto 1828 (*Sirey*, *tom* 29, *pag.* 261) e di Parigi, li 28 maggio 1838, (*Sirey tom.* 38, *p.* 434). Gli eredi della parte defunta possono dunque, con una riassunzione d' istanza notificata ne' sei mesi dalla morte sanare la perenzione, quantunque sia stata dimandata per parte loro prima di qualunque atto e di qualunque notificazione. Del resto, il semplice cambiamento di stato non dando luogo a riassunzione d' istanza, non può neanche produrre l' aumento di sei mesi, come giudicò la corte di Tolosa ai 4 febbraio 1825.]

[1423 ter. *La morte del convenuto è un ostacolo alla perenzione?*

Se questa morte fu notificata, il decorrimento dell' istanza è interrotta fino a che essa fu legalmente ripresa, e durante un tal termine, è chiaro che la perenzione non può decorrere,

Ma se non fu notificata la morte, nulla impedirebbe all' attore di continuare i suoi atti di procedura, sia contro la stessa persona del convenuto, di cui egli reputasi ignorare la morte, sia se la conoscesse, contro la persona del suo erede. Avendo trascurato di farlo, non può sfuggire alla perenzione in cui è incorso. (*Caen*, 18 *maggio* 1838.)

[1424 bis. *Nel caso che siavi luogo a riassunzione d' istanza, è necessario forse riassumerla per esser ammesso a dimandare la perenzione?*

Fu giudicato dalla Corte di Parigi a 6 maggio 1813 (*Dalloz*, *tom.* 22, *p.* 259), e dalla Corte di cassazione, il 22 gennaio 1816 (*Dalloz*, *tom.* 22, *pag.* 241; *Sirey*, *tom.* 16, *pag.* 118), e 12 novembre 1832, tom. 33, pag. 144, che la citazione per la riassunzione d' istanza sana la perenzione; e dalla Corte di Nimes li 26 aprile 1813 (*Dalloz*, *tom.* 22, *pag.*176; *Sirey*, *tom.* 15, *p.* 122), valere lo stesso per le conclusioni date all' udienza in nome degli eredi della parte defunta, e tendenti alla riassunzione d' istanza.

E siccome, ai termini dell' art. 398, l' atto valido sana la perenzione qualunque sia la parte dalla quale emana, così bisogna conchiudere che l' atto di riassunzione d' istanza fatto all' erede dalla parte defunta avrebbe l' istesso effetto che la citazione di riassunzione fatta dal suo avversario.

Da questa osservazione ne conseguita diggià che colui il quale vuole dimandare la perenzione, ben lungi d' essere obbligato a cominciare con un atto di riassunzione, o con una citazione di riassunzione, deve evitare di agire in tal guisa, perciocchè con siffatto procedimento verrebbe rigettata la sua dimanda di perenzione.

Quindi gli eredi del defunto posson dimandare la perenzione dell'istanza diretta contro il loro autore, allorchè son decorsi tre anni e sei mesi dopo l'ultimo atto di procedura, senza riassumere preliminarmente l'istanza.

Ed è quanto fu formalmente giudicato dalla corte di Metz, ai 24 febbraio 1826 (*Sirey tom.* 28, *pag.* 89) da quella di Dijon, 21 novembre 1826 (*Sirey*, *tom.* 16, *pag.* 418, di Montpellier, li 17 gennaio 1831 (*Sirey*, *tom.* 31, *pag.* 211), e due volte dalla corte di cassazione, 1 e 3 febbraio 1835 (*Sirey*, *tom.* 35, pag. 624) e 19 gennaio 1837.

Una sola decisione della corte di Bordeaux del 12 maggio 1824 (*Dalloz*, *tom.* 22; *pag.* 249; *Sirey*, *t.* 24, *p.* 176) è in opposizione con siffatta giurisprudenza imponente. Ma questa stessa Corte di Bordeaux abbandonò la sua propria giurisprudenza, ai 7 agosto 1827 e 22 agosto 1822. (*Sirey*, *tom.* 34, p. 175.)

[1426 bis. *Ma la dimanda di perenzione è forse ammessa nelle cause la cui soluzione interessa l' ordine pubblico, come per esempio, in causa di appello, qualora l'appello, sia fondato sull' incompetenza de' primi giudici e diretto contro una sentenza che pronunziò la separazione personale fra due conjugi ?*

Una decisione della corte di Parigi de' 30 agosto 1835 si avvisò per l' affermativa, pel solo motivo che in tal caso la perenzione avrebbe per effetto di conferire l'autorità della cosa giudicata ad una sentenza incompetentemente pronunziata.

Noi conveniamo che tale risultamento avrà luogo, se l' incompetenza allegata è reale, ma non crediamo che per evitarlo, bisogna fare agli art. 397 + 490 e seguenti un' eccezione non giustificata da alcun testo di legge, e che sembraci formalmente rigettata dallo spirito generale della legislazione.

Come potrebbesi sostenere non doversi ammettere la perenzione di un' atto di appello, se la sentenza sia stata pronunziata da giudici incompetenti, e ritenersi il contrario se sia stata pronnnziata ingiustamente, sopra falsi motivi, o finalmente se sia soggetta ad esser rivocata per qualunque altra cagione ? Si è forse menomamente il legislatore occupato del fondamento, o del valore della dimanda, o de'gravami, allorchè introdusse la perenzione d'istanza? No certamente. Egli ha considerato soltanto il bisogno di far cessare le liti, giuste o ingiuste, ed infligere una pena all' attore negligente.

La parte condannata da'giudici incompetenti sarebbe forse al coverto della decadenza in cui incorrerebbe, qualora non producesse appello ne' tre mesi dalla notificazione ? Niuno oserà pretenderlo. Poichè qualunque siasi la natura de' reclami ch' ella ha dritto a far valere, non perciò era meno libera di accettare come buona e giusta la decisione de'primi giudici: epperò non appena ha lasciato spirare il termine, reputasi averlo fatto ed aver rinunziato all'appello. Ebbene, non è dessa in una posizione perfettamente simile, allorchè dopo aver prodotto l' appello, lascia perimere la istanza ? È la sospensione degli atti durante tre anni non riguardasi forse come una vera acquiescenza ?

All' indarno direbbesi che la incompetenza *ratione materiae*, (*quella che appunto dicevasi esistere nella specie*) potendo proporsi in ogni stato di causa, importa poco la sospensione degli atti di procedura; ma noi rispondiamo che importa moltissimo, perciocchè la dimanda di perenzione fa sorgere la quistion di conoscere se la istanza, e se la causa ancora esista; e nel caso in cui fosse deciso di non più esistere, è chiaro che il principio il quale s' invoca non avrebbe alcuna applicazione.

La circostanza, che la sentenza di cui era appello aveva pronunziata una separazione personale, non somministrò alcun argomento alla decisione della corte di Parigi; ma il convenuto nella perenzione vi attingeva uno de' suoi mezzi di difesa.

Una tal causa, egli diceva, interessa l' ordine pubblico; il pubblico ministero vi rappresenta una parte; e finalmente la sospensione degli atti di procedura durante tre anni, non potrebbe forse considerarsi come il risultamento di una convenzione fraudolenta fra i due conjugi, avente per iscopo di venire ad una separazione volontaria ?

Il pubblico ministero è parte ? Sì, parte aggiunta, ma non parte principale; epperò gli atti del giudizio non gli sono comuni, e nel dimandare la perenzione soltanto contro la parte privata, non si contravviene al principio della indivisibilità. (*Vedi la quistione* 1427).

Da un' altra banda, è forse presumibile, o anche possibile l' accordo fraudolente, allorchè vi è stata sentenza ed appello ? Come mai due conjugi cercherebbero i mezzi di separarsi

volontariamente, quando han già ottenuta una separazione giudiziaria? E non aveano forse il mezzo così semplice di eseguirla? Ciò implica contraddizione ne' termini; epperò un tal motivo non è affatto ragionevole.

Gli è vero che fino a quando la causa pende innanzi ai primi giudici, il congiunto chiamato in giudizio non è ammesso a prestare acquiescenza alla dimanda; ma allorchè egli si è difeso ed è stato condannato, non si è forse ottenuta la garentia dalla legge richiesta? sarà dunque costretto a produrre appello nel mentre ciò non gli conviene? e se l'ha fatto sarà obbligato a sostenerlo? Niuno oserebbe andar così lungi. Si presume che la decisione de' primi giudici costituisca una verità; e il giudizio di appello disvela una ostinazione che la legge vede sempre di cattivo occhio; nè, in fatto di separazione personale, vi è alcuna ragione per far diversamente opinare.]

[1427 bis. *La dimanda di perenzione può rimaner perenta?*

Pigeau, comment. tom. 1, pag. 679, sostiene la negativa, fondandosi sul motivo di non potersi dimandare isolatamente la perenzione di una dimanda incidente; ma siffatto ragionamento non è del tutto scevro da censura. In generale risguardasi un atto per la perenzione piuttosto come una specie di dimanda principale che come un incidente, e va sempre distinta dalla prima causa sulla quale fu intentata; perciocchè quantunque abbia con questa stretti nessi, nulla di meno ha per se stessa una esistenza propria, tendendo tali rapporti a prolungar soltanto la prima controversia. Per lo che bisogna applicar l'art. 387, il quale non fa veruna distinzione; ma prescrive positivamente che qualunque istanza rimarrà estinta col non proseguimento degli atti di procedura durante tre anni. Siffatte espressioni sono molto generali. Che se consultiamo lo spirito di questa disposizione siamo maggiormente indotti ad impugnare il parere di Pigeau: infatti il legislatore ha voluto porre un termine alla causa ed impedire che le procedure andassero troppo per le lunghe, ma evidentemente questo motivo applicasi tanto alle istanze per la perenzione che a tutte le altre; esse non sono affatto privilegiate; la perenzione è una presunzione legale: ed il legislatore suppone che colui il quale è rimasto per tre anni senza proseguire il giudizio, riconosce la sua mancanza di dritto, ed è perciò che è condannato alle spese. Ma perchè non sarà lo stesso risguardo a colui il quale lascia languire la sua dimanda di perenzione? Ancora una volta, la ragione è la stessa.

Per lo che bisogna risolvere la quistione per l'affermativa, non ostante una decisione della corte d'Aix del 22 agosto 1836 (*Sirey*, *t.* 36 *pag.* 536), ed i motivi speciosi esposti in sostegno della soluzione contraria. Che se la perenzione la quale ha per iscopo di metter termine alla causa, dice la stessa decisione, fosse ammessa contro una prima dimanda di perenzione, farebbe rivivere l'istanza; e sarebbe adunque completamente uscita dallo scopo proposto.

Ma si può rispondere che l'istanza originaria non potrà rivivere, perciocchè non ancora è estinta, e che la seconda dimanda per la perenzione, se viene accolta, metterà termine alla causa, cioè a quella che esisteva sulla prima dimanda per la perenzione.

La nostra opinione fu consacrata dalle corti di Brusselles, a' 16 gennaio 1820 (*Giorn. di B. tom.* 1. *del* 1820, *pag.* 315), di Montpellier li 30 dicem. 1829, di Nimes, li 29 marzo 1821 di Tolosa li 13 giugno 1832 (*Sirey tom.* 32, *pag.* 623), e finalmente dalla corte di cassazione, li 19 dicembre 1837 (*Sirey tom.* 38, *pag.* 179.)

Formando la dimanda per la perenzione, l'attore principale avrà cura di fare un atto di procedura per la sua prima istanza, affinchè una terza dimanda di perenzione per parte del suo avversario non venga a renderla inutile.]

[1427 ter. *Può forse dimandarsi la perenzione di una istanza per la licitazione contro il creditore istante da uno de' comproprietari, il quale vuole intentare per parte sua una dimanda di divisione?*

Secondo Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 686, la cui opinione noi dividiamo, fa d'uopo decidere che siffatta dimanda di perenzione è ammissibile, quantunque a prima giunta sembra non dover produrre l'effetto agognato, qual' è quello di annientare l'istanza. Ma per verità essa lo produce, e la nuova dimanda di divisione non è più la continuazione della prima; nè lo sarebbe se, dopo aver veduto pronunziata la perenzione della sua istanza, l'attore istesso ne ricominciasse un altra, ciò che ha certamente il dritto di fare fino a quanto la sua azione non è prescritta; del resto, in caso di

negligenza del creditore istante, il comproprietario ha interesse ad ottenere il proseguimento degli atti, ciò che giustificherebbe sufficientemente la sua dimanda di perenzione, se però una semplice surroga a questi stessi atti di procedura non fosse un mezzo più semplice per giungervi, ed il più uniforme allo spirito di economia e di celerità manifestato dall' art. 967 ✝ 1043 del codice di procedura.]

[1427 quater. *Dinanzi qual tribunale deve intentarsi la dimanda di perenzione?*

Risulta evidentemente dall'andamento indicato per siffatta istanza, ch'essa deve intentarsi dinanzi al tribunale il quale conosce della controversia principale. Tale verità riconosciuta dalla Corte di Brusselles, ai 15 giugno 1822 (*Giorn. di B. tom.* 2 *del* 1822 *pag.* 174), servì di base alla corte di Lione per decidere il giorno 2 marzo 1330, doversi innanzi la corte reale intentar la dimanda per la perenzione di una istanza pendente innanzi ad essa, e non già avanti al tribunale incaricato da questa Corte di procedere ad un esame che le parti non han curato di eseguire; ed ha servito di base alla corte di cassazione il 18 aprile 1827 (*Sirey tom.* 27, *pag.* 219) per dichiarare che dopo la riorganizzazione de' tribunali, quelli distrettuali essendo addivenuti tribunali di prima istanza, si è dinanzi la corte di appello competente che dovrebbesi intentare la dimanda di perenzione di un atto di appello prodotto innanzi un tribunale distrettuale.]

[1427 quinquies. *Se l'oggetto della istanza di cui dimandasi la perenzione è giudicabile in ultimo grado di giurisdizione, può forse la sentenza sulla perenzione impugnarsi per mezzo dell'appello?*

Questa sentenza si ritiene come pronunziata anche in ultimo grado di giurisdizione, secondo giudicò la corte di cassazione ai 26 febbraio 1823 (*Sirey, tom.* 24, *pag.* 53; *Dalloz, tom.* 8, *pag.* 277), con una decisione approvata da Merlin, Rep., alla parola *Perenzione*, sez. 1, §. 2, n. 3, Favard, tom. 4, pag. 197, n. 14, e Reynaud n. 49. Ma il 18 marzo 1837 la corte di Colmar decise l'opposto, poggiandosi sul motivo che secondo la giurisprudenza della stessa corte di cassazione, la dimanda di perenzione è una dimanda principale, separata dalla dimanda originaria, e che sotto tali titoli non deve correr la sorte di quest'ultima.

Anche ammettendo questa conseguenza, la quale è forse esagerata, non puossi forzosamente dedurne che una dimanda di perenzione sia di un valore indeterminato, perciocchè in realtà ha sempre per oggetto di far rigettare la dimanda principale, e se questa dimanda è da per se stessa di un valore determinato, inferiore a 1500 franchi, debbesi allora decidere che la dimanda di perenzione non è suscettibile di appello.]

[1427 sexies. *L'attore può forse dimandare la perenzione della sua propria istanza?*

Che no: egli dee farla per mezzo della rinunzia, uniformandosi in ciò alle disposizioni degli art. 402 e 403 ✝ 495 a 496 della procedura civile. Siffatta risoluzione, ricevuta da una decisione della corte di Nimes del 29 marzo 1824, è abbracciata da Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 687. « È un principio certo, scriveva Carrè in una nota manoscritta rinvenuta nelle sue carte, riconosciuto in tutt' i tempi, sotto l'impero di tutte le legislazioni, da tutti gli autori i quali han scritto sulla materia, che la perenzione non può giammai invocarsi dall'attore. Non vi è altronde una sola disposizione del nostro cod. di procedura che nol faccia supporre, e segnatamente quella dell' art. 401 ✝ 494, la quale dichiara che in caso di perenzione, *l'attore principale* è condannato a tutte le spese della procedura perenta ».]

ART. 398 ✝ 491.

[1433 *bis. La perenzione decorre forse contro una eredità giacente non provveduta di curatore?*

Pigeau, *Comm.* tom. 1, p. 784, pronunzia l'affermativa, argomentando dall' art. 2258 ✝ 2164 del codice civile il quale così decide per la prescrizione. Infatti milita la stessa ragione nell'uno e nell'altro caso. Tal'è benanche l'opinione di Merlin, Rep. alla parola *Perenzione* sez. 1, §. 2, n. 3 in fine.]

[1433 ter. *Decorre forse contro l'attore erede beneficiato, rispetto alle dimande da lui indirette contro il suo autore risguardanti una successione?*

L'art. 2258 del codice civile decide la negativa per la prescrizione; ma fa d'uopo osservare che allorquando fu compilato quest'articolo, la legge non accordava all'erede beneficiato alcun mezzo di agire: epperò verificavasi il caso di

applicare la massima *contra non valentem* ec. oggi giorno avviene altrimenti, poichè l'art. 996 † 1073 del codice di procedura, permette all'erede beneficiato di agire o contro gli eredi, allorchè ve ne sono, o contro un curatore. Vi è quindi maggiore impossibilità.

Nullameno Pigeau, *Proc. civ.* tom. 1, pag. 312, n. 441, e *Comm.* tom. 1. pag. 684, decide che la perenzione non deve decorrere contro l'erede beneficiato perciocchè il legislatore non ha voluto metterlo nella necessità di agire contro la successione e di consumarne una porzione in spese giudiziarie.

Reynaud n. 95, propone una distinzione la quale fu fatta da Chabot (de l'Allier), tom. 3, pag. 9. Se l'erede beneficiato è solo, egli dice, la perenzione sarà interrotta, perciocchè, essendo egli stesso possessore, non può essere astretto ad essere diligente; ma se egli è in unione di altri eredi beneficiati i quali non fussero seco lui uniti a litigare, dovrà riassumere l'istanza contro di costoro. Siffatta distinzione però è virtualmente rigettata da una decisione della Corte di Brusselles del 16 giugno 1824. (*Gior. di B. tom.* 2. *del* 1824 *pag.* 128), la quale dichiarò che il creditore del defunto non può, in forza dell'art. 1166 † 1119 del cod. civ. dimandare contro gli eredi beneficiati la perenzione di una istanza pendente per lo passato fra costoro ed il defunto. Per lo che avvisiamo che bisogna decidersi per lo principio stabilito dal l'art. 996.]

[1433 quater. *Se una donna che ha intentato un giudizio viene a maritarsi, la perenzione cominciata prima, decorre forse dopo il suo matrimonio?*

Lange sosteneva la negativa, perciocchè, egli diceva, non appena una giovane è maritata, essa non è più capace di stare in giudizio senza l'autorizzazione di suo marito, ed è perciò che bisogna far chiamare quest'ultimo per riassumere con lui l'istanza.

Ma però non è questo il parere degli scrittori del *Pratico*, tom. 2, pag. 409 e 410, attesochè l'art. 398 del codice di procedura fa decorrere la perenzione contro *qualunque persona*, ed anche contro i minori. D'altronde il cambiamento di stato delle parti non impedisce la continuazione degli atti di procedura. (*Vedi l'art.* 345 † 439 *del codice di procedura civile*). Siffatta opinione, che noi dividiamo, è benanche quella di Reynaud, n. 93; ma se il marito fosse intervenuto nel giudizio, come amministratore o depositario della dote, è incontrastabile che la perenzione dovrebbe allora dimandarsi contro amendue i coniugi unitamente].

[1433 quinquies. *La perenzione può forse decorrere contro i comuni pria che fossero autorizzati a litigare?*

I comuni non sono certamente privilegiati; nè vi ha materia alcuna nella quale sieno stati trattati più favorevolmente dello stato, degli stabilimenti pubblici e dei minori; non possono quindi pretendere una eccezione rifiutata dall'art. 398 benanche a coloro da noi indicati. Epperò ciò non ha mai costituito una importante difficoltà.

La corte di cassazione sempre giudicò, segnatamente ai 10 gennaio 1810 (*Dalloz*, *tom.* 5, *pag.* 24 *e t.* 14, *pag.* 272, *Sirey*, *tom.* 10, *pag.* 1122), che i comuni, come qualunque altra persona, sono soggetti alla perenzione e la corte di Parigi, li 16 gennaio 1809 (*Dalloz*, *tom.* 9. *pag.* 267), non che la corte di Nimes, nel 31 agosto 1812, *Sirey*, *t.* 14, *pag.* 346, *Dalloz*, *tom.* 22, *pag.* 240) non esitano a pronunziare la perenzione contro i comuni i quali non erano stati autorizzati a litigare. Merlin, Rep. alla parola *Perenzione*, sez. 1, §. 2, n. 3 approva queste decisioni. Nulladimeno la corte di Tolosa giudicò direttamente l'opposto ai 26 febbraio 1829, in una causa risguardante una fabbrica. Parci che la mancanza di autorizzazione, se impedisce il comune di ottener una sentenza, non gli vieta però tener viva l'istanza, e quindi è punita a buon dritto la sua trascuragine. Reynaud n. 72, è di questo parere.

Ma l'attore per la perenzione sarà forse obbligato, per far pronunziare sulla sua dimanda di ottenere pel comune l'autorizzazione per difendersi? Il comune convenuto, il quale vorrebbe intentare questa dimanda, dovrebbe forse ottenere una speciale autorizzazione? Siffatte quistioni saranno esaminate sull'art. 1032 † 1108].

Art. 399 † 492.

[1437 bis. *La denunzia del sequestro al terzo sequestratario, interrompe forse la perenzione rispetto al debitore principale?*

Ecco i motivi pei quali un tribunale decise la negativa: « Si ha per principio che qualun-

» que istanza rimane estinta, colla interruzio-
» ne degli atti di procedura durante tre anni;
» attesochè è ugualmente un principio che la
» perenzione non ha luogo di pieno dritto, e
» che essa può venir sanata con atti validi
» fatti dall'una o l'altra parte pria della di-
» manda di perenzione; attesochè è fuori dub-
» bio che per queste espressioni *atti validi* fat-
» ti dall'una o l'altra parte, il legislatore ha e-
» videntemente inteso che questi atti debbon
» esser fatti e notificati da una delle parti al-
» l'altra; attesochè la denunzia della diman-
» da per la conferma del sequestro praticata
» dal signor Bellot a danno di Bannet; fatta
» dal detto Bellot a Silvain Duvagnon, con un
» atto in data del 21 luglio 1824, non essendo
» stata notificata al detto Bonnet, ne risulta
» che questo atto fu da lui ignorato, non aven-
» dolo in verun modo conosciuto, e che da quel
» momento non ha potuto sanare ed interrom-
» pere la prescrizione; che siffatta decisione è
» uniforme al parere di Pigeau, ed alla giuri-
» sprudenza di molte corti reali: attesochè
» d'altronde il citato principio deve tanto più
» qui prevalere, in quanto che la dimanda per
» la conferma del sequestro è diversa da
» quella della denunzia del detto sequestro;
» perciocchè le due dimande posson esser i-
» struite e giudicate separatamente; attesochè
» è ritenuto nel fatto che dopo la citazione in-
» troduttiva del giudizio, la quale, in data del
» 15 luglio 1824, fino al 16 agosto 1827, e-
» poca della dimanda di perenzione, sono de-
» corsi tre anni senza proseguimento di atti
» dall'una o l'altra parte, d'onde conseguita
» che la procedura di cui parliamo è perenta,
» e che la dimanda fatta da Bonnet dev'essere
» accolta; per siffatti motivi ec...»

Comunque non sia forse regolare asserire che siffatta decisione è uniforme alla giurisprudenza delle corti reali, giacchè non conosciamo veruna decisione la quale risolva la quistione, crediamo non pertanto che la esposta soluzione sia uniforme allo spirito della legge.]

[1440 bis. *Rimane forse sospeso il corso della perenzione per tutto il tempo che la causa è scritta nel ruolo di udienza?*

Nella quistione 1441, Carrè diede un rapido sguardo alla presente, e sembra aver abbracciata una soluzione affermativa, la quale risulta ancora dalle decisioni della corte di Metz de' 13 novembre 1811 (*Dalloz, tom.* 22, *pag.* 265), di Grenoble de' 27 dicembre 1811, e 24 marzo 1812, e di Limoges de' 26 gennaio 1813. Ma la dottrina opposta risulta da una decisione della corte di Douai, pronunziata ai 31 marzo 1819; la corte di cassazione alli 19 giugno 1822 (*Dalloz, tom.* 22, *pag.* 266; *Sirey, tom.* 23, *pag.* 284), rigettò il ricorso prodotto contro questa decisione, senza risolvere la quistione in termini positivi. Merlin, Repertorio alla parola *perenzione*, sez. 1. §. 2, Dalloz, tom. 22, pag. 257 n. 9, e Reynaud n. 53 dividono questa dottrina. Merlin fa osservare che i ruoli oggidì non sono più ciò che erano una volta nell'antica organizzazione giudiziaria, nè formano più per le parti una interpellazione permanente di tenersi sempre pronte a litigare, e per conseguenza le decisioni pronunziate secondo il ruolo in contumacia non sono più esenti dall'opposizione. Epperò non esiste più la medesima ragione per attribuire alla circostanza di essere messa al ruolo una causa l'effetto che avea sotto l'ordinanza del 1667. Del resto Carrè fondasi benanche sul motivo che dopo di essersi messa a ruolo una causa, vi è impossibilità legale di far alcun atto che possa sanare la perenzione. Vorrebbesi costringere forse un patrocinatore a fare atti inutili e frustranei, e a rinnovare notificazioni già fatte! Sarebbe questo un deplorabile abuso, che non ha per certo la legge voluto autorizzare. Bisogna adunque sospendere la perenzione, perchè non può decorrere contro colui che non può validamente agire. Ma Merlin, *ivi*, non ammette questa impossibilità allegata da Carrè. Riportandosi agli art. 505, 506 e 507 + 569, 570 e 571 del cod. di proc. chiaro si scorge che le parti hanno la facoltà di premurare i magistrati delle dimande perchè emettano la loro sentenza. E non è questo un mezzo facile per prevenire la perenzione? Perchè dunque non profittarne? Trascurare i mezzi offerti dalla legge per ottenere una sentenza, vale lo stesso che interrompere gli atti di procedura. Per la stessa ragione questo saggio giureconsulto opina che, quantunque la causa sia in istato di essere decisa, siensi concordate le narrative, la perenzione non cessa di decorrere, e noi tanto più adottiamo la sua opinione in quanto che sopra decidemmo, (*quistione* 1416, 1417) che la perenzione decorreva, quantunque la causa fosse stata messa a rapporto.]

ART. 400 + 493.

[1443 bis. *L'atto di cui parla l' art.* 406 *deve forse esser seguito da un ordinanza del giudice?*

Sì, secondo una decisione della corte di Riom del 17 aprile 1826, (*Sirey*, *tom.* 27 *pag.* 213). Ma questa decisione sembraci una manifesta violazione alla legge.

I motivi della corte di Riom poggiansi sopra ragionamenti intieramente opposti al nostro sistema di procedura. In fatti non è giusto asserire *che allorquando la legge prescrive e autorizza una dimanda qualunque per mezzo di un' atto di patrocinatore*, *essa suppone necessariamente che l' atto debb' esser seguito da una ordinanza firmata dal giudice*. Si è provato il contrario col testo di vari articoli i quali particolarizzano i casi in cui è necessaria l'ordinanza del giudice per l'introduzione di una dimanda, per l'accorciamento dei termini (*ved. gli art.* 72 558 e 1037 +166, 618 1114 *del codice di proc.*) cioè sempre con le notificazioni da farsi alla parte; ma in niun luogo del codice di procedura civile trovasi scritto, che in un giudizio contestato, *un atto di patrocinatore a patrocinatore*, sarà seguito dall'ordinanza del giudice. Vi ha dippiù, la dimanda d'intervento, l'opposizione incidente di terzo, o qualunque altra dimanda incidente sono formate con atto ed introdotte *de plano* dinanzi al tribunale il quale conosce della dimanda principale, senza che siavi bisogno di citazione al domicilio o permesso del giudice. La parte fa uso di un dritto che la legge l' accorda, nè ha bisogno di altro permesso; e d'altronde questi atti di cui parla la legge, non debbono esser presentati ad un giudice, ma all'intiero tribunale, il quale è premurato di ricevere la dimanda.

Secondo il sistema della corte di Riom, bisognerebbero due dimande, l'una diretta al presidente per ottenere il suo permesso, e l' altra notificata al patrocinatore (*di sei ruoli*, *dice la tariffa*, *art.* 75) per particolarizzare i motivi della perenzione. Nel suo secondo motivo, la corte di Riom confuse gli atti di un giudizio introdotto con un novello giudizio da introdursi; la perenzione non introduce alcun giudizio, ma è un mezzo accordato dalla legge al convenuto par respingere la dimanda; è una eccezione; e quindi è permesso in appello opporre tutt' i mezzi i quali tendono a far rigettare una dimanda, senza che si possa qualificarli come un giudizio da introdurre; e ciò precisamente perchè le dimande incidenti non introducono alcuna causa, le quali son formate per mezzo d'istanza, diciamo meglio, *con atto di patrocinatore a patrocinatore*.

« Che se dall' insieme del nostro codice, e dal testo degli articoli da noi citati non risulta fino all'evidenza che la dimanda di perenzione non differisce in nulla dalle dimande presentate nel corso di una causa ordinaria, noi vi aggiungiamo questa potente ragione che si fece valere dinanzi la corte di Riom, cioè doversi accordare al magistrato investito del potere di far un atto il dritto della *scelta*, o per meglio esprimerci, il dritto di rifiutare o permettere. Or in questa circostanza il giudice non potrebbe negare la sua adesione, epperò sarebbe lo stesso, non temiamo di dirlo, di fargli rappresentare una parte ridicola, e la decisione che combattiamo ci è sembrata talmente opposta alle regole della procedura, che abbiam creduto nostro dovere sviluppare il nostro sentimento.

Nessuno scrittore ha messo in campo questa difficoltà, e Pigeau nel suo formolario, non parla affatto dell'ordinanza del presidente, sia per la perenzione, sia per l'intervento, sia per la opposizione di terzo incidentemente formata.

Aggiungiamo un' ultima ragione la quale sembraci ugualmente decisiva. Se fosse necessaria l'ordinanza del giudice, ne seguirebbe che il diritto di ottenere l' annullamento della procedura, a causa della perenzione, non acquisterebbesi che dal momento in cui sarebbe notificata la dimanda e l'ordinanza. Andrebbesi allora incontro al pericolo di una comunicazione involontaria, ma indiscreta, in tutto l'intervallo di tempo fra la redazione della dimanda, l'ordinanza del giudice e la notificazione di questi due atti. Per lo che ad evitare questo inconveniente bisognerebbbe che se ne fosse acquistato il dritto colla dimanda istessa, il che non può ammettersi, perciocchè un atto non è completo, e per conseguenza non valido se non dopo la notificazione.

Epperò venne annullata la decisione della corte di Riom, dietro le nostre aringhe, ai 15 febbraio 1831 (*Sirey*, *tom.* 29, *pag.* 906), e la sua teoria era già stata respinta dalla corte di Lione ai 25 marzo 1829. Il Giornale dei tribunali delli 8 e 9 giugno 1829, riporta nul-

ladimeno una sentenza del tribunale di Thiers, la quale è uniforme al parere della corte di cassazione, del 5 febbraio 1835. (*Sirey tom* 35, *part*. 1. *pag*. 264.—*V. la quistione* 668.]

[1444 bis. *Fa d'uopo almeno che la dimanda di perenzione sia formolata siccome gli atti di citazione*?

La corte di Rennes, ai 10 giugno 1816, decise l' affermativa (*Dalloz*, *tom*. 22, *pag*. 278), annullando una dimanda di perenzione la cui notificazione non era rivestita della *matricola* dell' usciere; ma la corte di cassazione ai 13 novembre 1834) *Sirey*, *tom*. 34, *pag*. 690) e la corte di Brusselles a 6 aprile e 28 luglio 1831 (*Giorn. di Bruss. tom*. 1 *del* 1831 *pag*. 400) si sono pronunziate in senso contrario.

L'ultima decisione approvata da Devilleneuve (*Sirey*, *tom*. 34, *pag*. 690, *parte* 1.) è più uniforme ai principî.

» Perchè la dimanda di perenzione d'istanza fusse soggetta alle formalità degli atti di citazione, disse il consiglier relatore, vi bisognerebbe una prescrizion della legge, ma l' art. 400 del codice di procedura non ne impone alcuna; e la legge soltanto crea le nullità; nè possono stabilirsi per mezzo di analogia, sebbene qui mancherebbe anche in molti punti l'analogia: l'atto che cita le parti innanzi al giudice dev'essere motivato in modo da far conoscere l'attore, non che l'oggetto della dimanda. Ma una dimanda che s' introduce con atto di patrocinatore a patrocinatore, contro le parti diggià in causa, è per se stessa esplicita; nel conchiudere il patrocinatore ha detto tutto, e l'usciere, notificando l'atto del patrocinatore, annunzia già ch'egli è addetto presso il tribunale; forse il domicilio dell'attore non è indicato con quell' esattezza richiesta negli atti di citazione? Ciò importa poco, poichè i convenuti debbono notificare i loro mezzi di difesa al patrocinatore. E certamente considerando tali differenze, le formalità dell' art. 61 non vennero estese anche all'atto di cui parla l'art. 400. . . »

Del rimanente sembra già fissata la giurisprudenza sulla quistion generale di conoscere se le notificazioni di patrocinatore a patrocinatore siano soggette alle formalità degli atti di citazione: quasi tutt'i tribunali ritengono la negativa, (*Vedi la nostra quistione* 282).

Per una conseguenza delle stesse ragioni:

1. la dimanda di perenzione è dispensata dallo sperimento preliminare di conciliazione, siccome fu giudicato dalla corte di Poitiers, ai 14 agosto 1806 (*Sirey*, *tom*. 6, *pag*. 214);

2. La omissione del nome di uno degli attori che dimandano la perenzione d'istanza nella notificazione della dimanda, non vizia quest' atto, qualora questo nome figuri in fronte di detto atto unitamente a quelli degli altri attori (*Montpellier*, 17 *gennaro* 1831; *Sirey*, *tom*. 31, *pag*. 271);

3. La dimanda per la perenzione di un'istanza è valida quantunque la copia invece di essere sottoscritta dal patrocinatore, dichiari che la sua sottoscrizione sta nell' atto originale. (*Montpellier*, 3 *dicembre* 1832).]

[1445 bis. *Se una delle parti è morta, devesi con atto d'istanza o con atto di citazione formarsi la dimanda di perenzione*?

La corte di Nimes, ai 26 aprile 1813 (*Dalloz*, *tom*. 22, *pag*. 276; *Sirey*, *tom*. 16, *pag*. 1221) decise in una maniera generale, doversi fare con atto di citazione. Merlin, Repert. alla parola *Perenzione*, *sez*. 1, §. 2, *n*. 5 stabilisce una distinzione che noi riteniamo, la quale fu consacrata da varie corti reali. Se la morte venne notificata, non v' ha dubbio che la perenzione possa dimandarsi con atto di citazione notificata agli eredi del defunto: ma se non fu notificata, per una conseguenza naturale del principio stabilito nell'art. 344 + 438 del codice di procedura civile, la dimanda sarà validamente fatta con atto d'istanza, perciocchè quantunque fosse una novella dimanda incidente, nulladimeno, a causa de' suoi rapporti col giudizio primitivo ch' essa tenda ad estinguere, la legge ha creduto dover introdurre questa forma particolare per intentarla. (*Rennes*, 2 *febbraio* 1825; *Sirey*, *tom*. 25, *pag*. 294; *Parigi*. 25 *agosto* 1832; *Montpellier*, 17 *gennaio* 1831). Soltanto al domicilio dell' attore, quantunque morto, potrebbesi notificare la dimanda di perenzione, se il defunto non fosse stato notificato, ed il patrocinatore da lui costituito avesse cessato dalle sue funzioni. (*Liege* 3 *aprile* 1824; *Merlin*, *Rep. tom*. 23, *pag*. 122). Ma se la morte fosse officialmente conosciuta, quantunque non denunziata, la corte di Lione giudicò, ai 16 maggio 1817, che bisognerebbe allora formare la dimanda di citazione cogli aventi causa; e ciò non ostante la corte di Brusselles, decise il 28 luglio 1831,

potersi adoperare il mezzo della istanza anche allorquando la parte avesse avuto conoscenza della morte in un' altro giudizio pendente innanzi ad altro tribunale, poichè non seguirebbe da ciò che tale conoscenza fosse pervenuta al suo patrocinatore (*Gior. di B. tom.* 1, *del* 1831, *pag.* 400) ; del resto avrebbesi sempre la libertà di procedere con citazione al domicilio. Secondo la corte di Bourges, 30 luglio 1829, si avrebbe questo dritto anche quando non vi fosse notificazione nè conoscenza officiale, essendo l'altro modo di agire facultativo.

La dimanda di perenzione formata contro una delle parti originariamente convenuta, ma però nella sua qualità di erede dell' attore la cui azione si sostiene perenta, non può esser presentata con istanza notificata al patrocinatore, il quale agiva per la stessa come convenuto, perciocchè i poteri del primo non han cambiato di natura col cambiamento di qualità del suo cliente. (*Dijon* 6 *maggio* 1831; *Sirey*, *tom.* 31, *pag.* 206).

È incontrastabile che la dimanda di perenzione non potrebbe notificarsi in nome di più parti una delle quali fosse morta, perciocchè anche una istanza incidente non può esser introdotta in nome di persona che non esiste. Nulladimeno la corte di Montpellier giudicò l'opposto ai 17 novembre 1829 (*Sirey*, *tom.* 30, *pag.* 176), ma in una specie in cui le considerazioni del fatto hanno dovuto seco portare una tale decisione la quale per altro è criticata in principio da Reynaud art. 115].

[1447 bis. *La perenzione dev'esser proposta pria di dichiararsi nulla la citazione introduttiva del giudizio? nel caso affermativo rimarrà forse sanata la nullità di siffatta citazione ?*

La prima di questa proposizione debbe risolversi per l' affermativa, e la seconda per la negativa. All'indarno, per sostenere il contrario, si argomenterebbe dall' art. 173 + 267 del codice di procedura.

In fatti è da osservarsi che la perenzione non è una difesa, nè una eccezione, ma una dimanda principale, assolutamente distinta dal giudizio che tende a farla dichiarare annullata. (*Rennes* 6 *giugno* 1818.)

Or dal perchè ha avuto luogo, val dire, dal perchè è decorso un tempo sufficiente per ottener l' effetto a termini dell' art. 497 + 490 del cod. di proc : essa debb' esser dimandata *con atto di patrocinatore a patrocinatore*. (*V. l'art.* 400).

Quindi, o è ammessa, o rigettata: nel primo caso, la quistione di nullità della citazione diviene superflua ; nel secondo caso, tutt' i motivi di nullità restano salvi, perciocchè dimandando la perenzione non si è perenta alcuna difesa, nè eccezione alla causa. (*Ricavata da' manoscritti di Carrè.*) Noi dividiamo nel merito, siffatta opinione del nostro savio maestro. In tal modo abbiam deciso nella quistione 1424 *bis*, che la riassunzione d' istanza non era necessaria per parte di colui il quale vuole dimandare la perenzione contro un erede.]

[1447 ter. *In qual modo deve formarsi la dimanda di perenzione delle istanze nelle quali figurano da parti le direzioni generali del registro, e de' demani, delle dogane e delle contribuzioni indirette.*

Siccome non è sempre necessario in queste specie d'istanze il ministero de' patrocinatori, Merlin, Repert alla parola *perenzione*, sez. 1. §. 2, n. 5, ne conchiude che la dimanda di perenzione è validamente fatta con citazione alla persona o al domicilio, il che non può mettersi in dubbio.

Ma come si deciderà ne' casi in cui le amministrazioni rinunziando alla facoltà che loro appartiene di non costituire patrocinatore, l'hanno nulladimeno scelto per esser rappresentati nel giudizio ? È necessario allora dimandare la perenzione con atto di patrocinatore a patrocinatore o con atto di citazione?

Su questa quistione Merlin, Rep. nel luogo sopra citato, decide che bisogna uniformarsi all'art. 400 + 493 del codice di procedura civile, val dire che la dimanda di perenzione dev' esser formata con atto di patrocinatore. Poichè la legge non vieta esclusivamente il ministero dei patrocinatori in queste specie d' istanze ; ma limitasi a permettere alle parti di non costituirne, fa d'uopo decidere che se vi è patrocinatore in causa, le regole ordinarie sono applicabili; cessando l'eccezione risorge il principio generale.

Nulladimeno una decisione della corte di Brusselles dei 17 ottobre 1822 (*Gior. di B*, *tom.* 1, *del* 1823, *p.* 96) giudicò, in tale ipotesi, che essendo la costituzione di patrocinatore un dippiù nella procedura, perciocchè il loro ministero è inutile, bisognava tenerla come non avvenuta, e conseguentemente decidere che, anche in questo caso la perenzione dev' esser formata con citazione.

È impossibile, dice con ragion e Merlin, che

tale decisione possa costituire giurisprudenza. Reynaud n. 187 adotta questo parere.]

ART. 401 + 494.

[1449 bis. *È necessario forse che la dimanda la quale formasi dopo la perenzione sia preceduta da un nuovo sperimento preliminare di conciliazione* ?

No, poichè il preliminare di conciliazione non va soggetto a perenzione, secondo le disposizioni dell'art 397, il quale assoggetta alla perenzione la sola istanza; or questo preliminare non ne costituisce affatto una parte. (*Vedi Pigeau nel luogo di sopra citato, e la quistione* 250). Ved. benanche la nostra quistione 1410 bis, ed alte autorità ivi invocate, aggiungi quella di Boitard, il quale sull'art. 401, tom. 2, pag. 39, pronunziasi espressamente negli stessi sensi di Carrè.]

[1450 bis. *Colui contro al quale fu pronunziata la perenzione è tenuto forse a pagare le spese inutili ?*

Evidentemente no; tutto ciò che non può entrare in tassa non è dovuto; e tanto meno son dovute le spese degli atti nulli fatti dalla parte avversa; tale è il parere di Pigeau, Com., tom. 1, pag. 689, Dalloz, tom. 22, pag 281, n. 12, ed il nostro comm. della tariffa, tom. 1, pag. 289, n 16.]

TITOLO XXIII.

Della riuncia.

ART. 402 + 495.

[1451 bis. *In che cosa consiste l'effetto naturale e legale della rinunzia, la quale forma l'oggetto degli art.* 402 *e* 403 *del codice di procedura civile* ?

Il codice di procedura civile è destinato a tracciare le regole per la introduzione, il proseguimento ed il termine dei giudizi; nè entrò nè poteva entrar mai della mente de'suoi autori stabilirne alcuna la quale toccasse direttamente il merito del dritto.

Da siffatta unica riflessione, conseguita la risposta a darsi sulla proposta quistione; val dire, che la rinunzia ha per iscopo l'annullamento della istanza, ma che però lascia sussistere l'azione; in altri termini, la rinunzia produce gli stessi effetti della perenzione, la quale per se stessa non è che una rinuncia presunta. (*Ved. la quistione* 1468.)

Indubitatamente la parola *rinunzia*, presa nella sua generalità, comprende ogni specie di rinunzia che può farsi ad un dritto, ad un reclamo, ad una pretensione qualunque, e sotto questo rapporto, puossi egualmente applicarla all'abbandono che farebbe una parte dell'azione che l'appartiene contro di un altra Ma nel senso del codice di procedura, non bisogna così intenderla. Il suo significato per la forza delle cose, è necessariamente ristretto all'abbandono della procedura la quale avea per oggetto l'esercizio dell'azione.

Siffatta verità, che poggiasi sui principi i più elementari, è pienamente confermata dalla disposizione dell'art. 403 + 496, il quale stabilisce che dopo di essersi accettata la rinunzia le cose ritornano dall'una e l'altra parte nello stesso stato in cui erano pria della dimanda Or dice Pigeau, l'attore avea l'azione pria della dimanda, la conserva dunque dopo la rinunzia; siffatta conseguenza sembraci ineluttabile.

Nulla vieta all'attore, se lo crede conveniente a'suoi interessi, di rinunciare anche all'azione ch'era il principio della sua istanza; ma siccome i nostri art. 402 e 403 non si occupano di tale rinunzia; siccome non è ad essa che han dato il nome di rinunzia; siccome le loro disposizioni non han di mira se non che l'annullamento volontario della istanza, fondato sul perchè era stato, sia irregolarmente, sia incompetentemente, sia intempestivamente incominciata, ne conseguita che ogni qual volta la rinunzia sarà pura e semplice, che non particolarizzerà il suo scopo, vi si dovrà scorgere soltanto la rinunzia alla istanza, e non mai al dritto. Ed affinchè il convennto possa avvalersene in quest'ultimi sensi, sarà necessario che l'intenzione dell'attore sia stata manifestamente espressa nell'atto.

In tal modo appunto l'insegna Pigeau, proc. civ. tom. 1, lib. 2, part. 2, tit. 5, cap. 3, sez. 1, art. 1, e Comm. tom. 1, pag. 695, Favard tom. 2, p. 81, n. 7, Demiau, pag. 292 e 293, Dalloz, tom. 9, p. 169, n. 1, e Boitard, t. 2, pag. 41 e seguente. Carrè adotta anche questo parere, al commentario CCCXXXI, ed alla nota e quistione 1468. L'opinione di Thomines n. 452, il quale scorgendo nella determinazione degli effetti della rinunzia piuttosto una qui-

stione di fatto che di dritto, lascia a' giudici la cura di apprezzare il valore delle parole colle quali è concepito, non debb' essere ammessa che in questi sensi, cioè che l'espressioni particolari dell'atto potrebbero è vero far scorgere un abbandono dell'azione, ma che se nulla siasi particolarizzato, i suoi effetti limitansi all'abbandono della procedura.

Da ciò fa d'uopo conchiudere che la rinunzia di una procedura di appello non deve riguardarsi come un' acquiescenza alla sentenza la quale formava l'oggetto di questo appello, quantunque Merlin, Rep. alla parola *Rinuncia dell' appello*, §. 7, insegna il contrario. Infatti, accade spessissimo che l' essersi acquietato alla sentenza sia la conseguenza naturale della rinunzia di cui trattasi, dappoichè ciò non accade che dopo lo spirar del termine durante il quale l' appello poteva validamente rinnovarsi. Ma, in dritto, non puossi stabilire ciò come un principio; altrimente priverebbesi l'appellante, il quale venisse a riconoscere l'irregolarità del suo atto di appello, della facoltà di ripararla, ciò che non puossi ragionevolmente rifiutarglisi fino a quando si trova nel termine. Vedremo in prosieguo le conseguenze che derivano da siffatta riflessione.

Analizziamo intanto la giurisprudenza stabilita relativamente al punto che ci riguarda.

Una decisione della corte di Parigi del 22 luglio 1813 (*Dalloz, tom* 9, *pag*. 184; *Sirey tom*. 14, *pag*. 354) giudicò, in opposizione alla nostra teoria che la rinunzia pura e semplice annulla l'azione; ma questa decisione come abbiam veduto contraria al nostro sistema di procedura e all'avviso di tutti gli scrittori, è combattuta da un altra decisione della stessa corte del 18 marzo 1841 (*Dalloz*, *t*. 9, *pag*. 189), dagli arresti della corte di cassazione de' 10 maggio 1809 (*Dalloz, tom*. 9, *pag*. 184; *Sirey, tom*. 9, *pag*. 264), e 16 maggio 1821, dalle corti di Rennes, 24 dicembre 1829, e di Parigi agli 11 gennaio 1832.

Adunque si ritiene per certo che la rinuncia pura e semplice non produce che l'annullamento della procedura. Epperò la corte di cassazione, nel 22 gennaio 1833 (*Sirey*, *t*. 33, *part*. 1, *pag*. 98), ritenne esservi abbandono di azione in una rinunzia, sul motivo di essersi fatta immediatamente e come conseguenza di una transazione anteriormente passata tra le parti sopra le loro rispettive pretensioni. Le circostanze imperavano e comandavano ancora siffatta decisione.

Alli 11 gennaio e 14 marzo 1837 (*Sirey*, *tom* 37, *pag*. 645) la stessa corte confermò le decisioni le quali aveano considerata una rinuncia come mezzo d'inammissibilità ad una nuova istanza, sol perchè tale rinuncia racchiudeva implicitamente una transazione sul merito del dritto.

In riguardo alla sua decisione del 21 germ. anno X (*Dalloz, tom*. 9, *pag*. 191) spesso invocata contro il nostro sistema, bisogna dapprima osservare ch'essa fu renduta sotto l'impero delle antiche carte di Hainaut, ed è dimostrato d'altronde che eravi nella rinuncia in quistione delle espressioni le quali annunciavano che il suo autore avea inteso rinunziare all'azione: *avendo veduto ed ispezionato*, si diceva, *i documenti che gli si oppongono*, *l' attore rinunzia a' motivi ed alle conclusioni della sua dimanda.*]

[1452 bis. *Quali sono adunque le persone capaci di rinunziare?*

Tutte quelle le quali hanno la facoltà di amministrare, sia per conto proprio sia per conto altrui.

Infatti poichè la rinunzia non fa perdere l'azione, ed il merito del dritto che è in esercizio, poichè non ha altro scopo se non quello di annullare una procedura viziosa o inutile, salvo a sostituirla con atti di procedura più regolari, sembraci evidente esser questo un atto di pura amministrazione. Può forse rifiutarsi ad un procedimento il quale, senza nulla compromettere il merito del dritto, limitasi a dare una miglior direzione agli atti che tendono a legalizzarli?

Laonde la moglie separata di beni; o che agisca pe' suoi beni parafernali, siccome il minor emancipato, o il maggiore assistito da un consulente giudiziario, ovvero il tutore che agisce pel suo pupillo, avranno indubitatamente il dritto di rinunziare ad una istanza: importa poco che essi non abbiano potuto intentarla senza l' autorizzazione, la prima del suo marito, il secondo del suo curatore, il tutore del consiglio di famiglia ec; poichè l'intentarla poteva dar luogo a gravi pericoli, qualora il dritto che voleasi far valere non fosse stato fondato; ma la rinunzia va scevra da qualunque pericolo, poichè il dritto rimane sempre intatto.

Poco importa benanche che tali persone non avessero potuto da per sè stesse, e senza assistenza o autorizzazione, transigere sulla lite alla quale noi le crediamo capaci poter rinunziare. Imperciocchè non solamente una transazione termina il giudizio ma bensì le rispettive pretensioni delle parti, essa non rimette le cose nello stesso stato ch' erano prima della dimanda, ma compromette o regola per sempre lo stesso dritto delle parti.

Secondo ciò che abbiam detto la rinunzia non produce affatto questo risultamento, ma lascia sempre sussistere la facoltà di ricominciare il giudizio con novelli atti di procedura.

Potrà ben dirsi che la rinunzia la quale sembra utile alla donna maritata, al tutore ec. può in realtà non esser tale, e che lasciando ad essi il dritto di giudicarne, potrebbesi esporli a delle spese e ad un ritardo che avrebbero potuto evitare. Che altro conseguita da ciò se non che potrebbero fare un atto di una malintesa amministrazione? Ma essi ne soffrirebbero le conseguenze, sia ne' loro beni, sia nella loro risponsabilità, come di tutti quegli atti che loro permette o attribuisce la legge.

Dirassi ancora che una volta prodotta la rinunzia, non vi è più istanza per la conservazione del dritto, e che trascurandosi di ricominciarla in tempo utile, se ne potrà perdere la facoltà? Ma l'autorizzazione d' intentarla, accordata dal marito alla moglie, dal consiglio di famiglia al tutore, non costituiva per essi un obbligo d'incoare l'azione. Potevano quindi trascurarla pria di spiccare l'atto di citazione; possono adunque trascurarla dopo la rinunzia; nè le conseguenze della seconda trascuragine saran peggiori di quelle della prima. Il marito, il consiglio di famiglia, vietano o autorizzano, ma non ordinano mai: la moglie ed il tutore, l' una nel suo interesse, l' altro sotto la sua risponsabilità, sono liberi di far uso dell'autorizzazione; e per conseguenza sono anche liberi di rinunziarci dopo di aver cominciato a profittarne.

Nulladimeno facciamo osservare che, fondando la nostra decisione sul principio che la rinunzia non compromette il merito del dritto, bisognerebbe altrimenti decidere nel caso in cui la perdita del dritto fosse indirettamente la conseguenza di un tale atto. Or tanto avverrebbe qualora essendo spirato il termine per la prescrizione appena introdotto il giudizio, non vi sarebbe più mezzo, laddove questo fusse annullato, di ricominciarne un altro. E questa è la osservazione fatta da Pigeau *ubi supra*.

Difatti in tal caso la rinunzia non costituirebbe più un puro atto di amministrazione, ma sarebbe realmente un atto di alienazione che un incapace o un amministratore non ha il dritto di fare.

Ciò non ostante Favard, tom. 2, pag. 73, n. 1, Dalloz, tom. 9. pag. 169, n. 1 e segnenti, e Thomines, n. 449, negano agl' incapaci ed agli amministratori la facoltà di rinunziare; e Thomines la nega precisamente al minore emancipato, alla donna maritata ec, sotto pretesto ch' essi non possonò transigere. Questa ragione e tutte quelle sopra cui si fondano i citati scrittori, sono abbastanza combattute da ciò che abbiam detto.

Rispetto alla giurisprudenza, è agevole dimostrare ch'essa non offre un monumento sensibilmente contrario alla nostra dottrina, neanche quelli che ci vengono opposti e che sono citati da Carrè nella quist. 1452, pag. 115.

Epperò non può nulla conchiudersi contro la nostra opinione, poichè le rinunzie da tali decisioni dichiarate senza alcun valore, risguardano espressamente o indirettamente il merito del dritto, e quindi non hanno affatto giudicata la specie in esame.

Relativamente al caso contemplato nell'arresto de' 15 luglio 1807, bisogna riflettere che la moglie la quale avea rinunziato al ricorso prodotto in cassazione, erasi acquietata alla sentenza impugnata; e Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 791, fa osservare che nella specie dell'arresto de' 14 feb. 1810, vi si scorgevano, siccome rilevasi dalle stesse sue considerazioni, aperti indizi di dolo per parte del marito; che questo dolo sembra di aver determinati i giudici; che d' altronde risulta aver la moglie non solamente rinunziato alla sua dimanda, ma bensì alla sua azione. La rinunzia fatta da un minore, di cui parla la decisione de' 4 marzo 1806, riguardava la collocazione in un giudizio di ordine, epperò costituiva la rinunzia ad un dritto, ad una sicurezza, e non già ad una procedura soltanto, poichè quella ch' erasi fatta per ottenere la collocazione non poteva ricominciarsi. Finalmente nelle specie citate da Carrè nella nota alla pag. 115 trattavasi della rinunzia di un procedimento in grado di appello, fatto dopo spirato il termine, durante il

quale avrebbe potuto rinnovarsi, e che per conseguenza portava seco l' acquiescenza alla sentenza. Per la qual cosa in niuno di questi casi trovasi la rinunzia di cui parliamo, ch' è quella regolata dagli art. 402 e 403 del codice di procedura civile.

Dicasi lo stesso rispetto alle decisioni della corte di Tolosa, 21 marzo 1832 (*Sirey*, *tom.* 33, *pag.* 331), e della corte di cassazione, 12 feb. 1838 (*Sirey tom.* 38 *pag.* 336), colà benanche trattasi di una rinunzia di appello che portava seco l' acquiescenza alla sentenza impugnata.

Finalmente bisogna alla stessa foggia spiegare le decisioni della corte di cassazione de' 16 feb 1816 (*Dalloz*, *tom.* 9, *pag.* 173, *e t.* 22 *pag.* 419; *Sirey*, *tom.* 18, *pag.* 205), 3 gennaio 1834, e della corte di Caen 15 dicembre 1826. (*Sirey*, *tom.* 27, *pag.* 190).

Nè noi invocheremo in sostegno del nostro sistema le decisioni di Grenoble, 26 ag. 1825 Bordò, 3 luglio 1829 (*Sirey*, *tom.* 29, *pag.* 298) e Nancy, 15 novembre 1831 (*Sirey*, *tom.* 33, *pag.* 34), le quali han ritenuto valide le rinunzie fatte da un tutore nella causa de' suoi minori, da un prefetto in quella dello Stato, da un interdetto nella propria, poichè queste specie stavano nelle medesime condizioni delle precedenti, e d' altronde le soluzioni furono determinate da principi particolari e stranieri alla materia di cui trattiamo.

Ma non possiamo trasandar di citare, ad oggetto di disapprovarla, una decisione della corte di Colmar de'3 agosto 1830, secondo la quale sarebbe necessaria l' autorizzazione ad un comune per accettare una rinunzia; e sembraci molto più strano ancora esigere l' autorizzazione per l' accettazione che esigerla per la rinunzia; non potendo l' accettazione recar profitto se non a colui che n'è l'autore, purchè però non ne risulti la rinunzia a qualche dimanda incidente o riconvenzionale, il che non avea luogo nella specie.

Finalmente facciamo osservare che la rinunzia ad un istanza, relativa ad una quistione di stato è valida secondo una decisione della corte di Parigi de' 3 luglio 1812 (*Sirey*, *tom.* 24, *pag.* 42), quantunque in questa materia non si possa transigere, ciocchè forma una considerazione maggiore in sostegno del nostro sistema; nè la corte di Caen ha giudicato il contrario ai 5 dicembre 1806, poichè trattavasi di un istanza di appello da una sentenza di separazione personale, e che la rinunzia produceva acquiescenza a detta sentenza.]

[1453 bis. Quid *della parte appellata che ha prodotto, o che vuol produrre appello incidente?*

Rispetto al dritto che resta alla parte appellata di far giudicare il suo appello incidente, malgrado la rinunzia dell'appello principale, esso fu benanche riconosciuto dalle corti di Rennes e di Metz ai 19 gennaio e 15 giugno 1714, di Parigi, 29 dicembre 1825 e 24 feb. 1826, di Aix 2 feb. 1826, e di Lione 3 feb. 1830 (*Sirey*, *tom.* 31, *pag.* 251); non che dalla corte di cassazione a' 23 nov. 1836.

Ma bisogna però, e tutte le citate decision lo suppongono, che l' appello incidente sia anteriore all' appello principale. Imperocchè una volta questo annullato, l' altro non avrebbe più fondamento; siccome fu giudicato dalle corti di Douai 5 luglio 1819, di Rennes, 16 maggio 1820 (*Dalloz*, *tom.* 9, *pag.* 191), di Poitiers, 16 gennaio 1824, e di Montpellier, 23 maggio 1828. (*Sirey*, *tom.* 29, *pag.* 26). Ammenochè la parte appellata dichiari non volere accettare la rinunzia, e non vi ci sia costretta dalla giustizia (*vedi la quistione* 1459 bis), poichè essa non può avere effetto se non che dopo questa accettazione. Finchè l' accettazione non ha avuto luogo, puossi ancora l' appello incidente validamente produrre (*Amiens*, 15 *dicembre* 1821, *Dalloz*, *tom.* 2, *pag.* 150, *Sirey*, *tom.* 22, *pag.* 305, *Bordò*, 21 *agosto* 1827, *Sirey tom.* 27, *pag* 214, *e Bourges*, 9 *marzo* 1830, *Sirey*, *tom.* 30, *pag.* 297); e lo si può ancora, dopo una rinunzia irregolarmente notificata, come sarebbe quella notificata alla parte e non già al suo patrocinatore. (*Montpellier*, 31 *luglio* 1821, *Dalloz*, *tom.* 9, *pag.* 196; *Parigi*, 3 *giugno* 1825; *Sirey*, *tom.* 25, *pag.* 270.)

Ma in questi diversi casi l' appellante principale rientra nel dritto di proseguire il suo appello, siccome venne giudicato dalla citata decisione della corte di Amiens. La rinunzia è un contratto alla quale se una delle parti non consente, non può essere apposta all' altra. Questa teoria è insegnata da Thomines n. 497, e da Talandeir, *Trattato sull' appello*, n. 372. (*Vedi d' altronde la quistione* 1580 *nel titolo dell' appello*).

Del rimanente se un'appello incidente è di-

chiarato inammissibile per essersi prodotto posteriormente all'appello principale, nulla vieta a colui che l'avea interposto di trasformarlo a sua volta in appello principale, qualora si trovi ancora ne'termini, siccome fu giudicato dalla corte di Brusselles, 7 marzo 1828, (*Giorn. di Bruss. tom.* 1, *del* 1828, *pag.* 231). È d'altronde fu deciso dalla corte di Montpellier, 3 luglio 1821 (*Dallaz, tom.* 9, *pag.* 296) e dalla corte di Parigi, 18 feb. 1826, allorquando un appello incidente ed una rinunzia furono notificati dall' una parte e dall'altra nello stessso giorno, senza che nulla provi l'anteriorità di uno di questi atti, l'appello incidente è ammissibile. (*Vedi sopra la quistione* 1497).]

[1453 bis. *La rinunzia fatta innanzi ad una corte dell'azione di revindicazione formata da un terzo, relativamente ai beni indebitamente compresi in un pegnoramento d'immobili, può forse apporsi all'aggiudicatario il quale, lungi d'interporre appello dalla sentenza che annulla la sua aggiudicazione, dichiara al contrario volersi attenere a quanto fu giudicato?*

No, disse la corte di Parigi a'20 luglio 1826, poichè non avendo l' aggiudicatario prodotto appello dalla sentenza che lo condannava, tale sentenza per rispetto a lui era passata in cosa giudicata, e per conseguenza niuno poteva privarlo del beneficio che in essa vi trovava.

Vedi i nostri principi, in materia di garentia, nella nostra quistione 1581 *quater*.]

[1456 bis. *Se è unaninamente ritenuta la necessità della sottoscrizione delle parti a dei loro procuratori speciali per l'atto di rinunzia ch'ebbe luogo nella forma indicata sull'art 402, vi ha forse la stessa unanimità nel caso in cui siasi adoperata una forma diversa ?*

La corte di Tolosa, a'3 feb. 1832 (*Sirey*, *tom.* 32, *pag.* 601) decise, che quando la rinunzia è notificata con atto di usciere, è valida quantunque non sottoscritta.

La sottoscrizione, dicesi, nell' interesse di questo sistema, è richiesta dall' art. 402 solamente per la forma dell' atto di cui trattiamo ; or questa forma è facoltativa, potendosene adoperare qualunque altra, senza essere del pari la sottoscrizione una condizione essenziale di essa. Era naturale esigerla allorchè la rinunzia avea luogo con atto di patrocinatore, poichè il patrocinatore viene con ciò ad esercitare un ministero direttamente opposto alle sue funzioni : non vi ha poi alcuna necessità allorchè si fa uso del ministero di un usciere, il quale è procuratore forzoso per qualunque specie di atti. Ma questo ragionamento, che indubitatamente non avrebbe dato luogo alla decisione della corte di Tolosa, se nella specie non si fosse trovata una tacita ratificazione della rinunzia non sottoscritta, non può bilanciare l' argomento che in sostegno della opinione contraria si deduce dal principio che niun altro, fuorchè la parte, può rinunziare a'suoi dritti o alle sue pretensioni, se non vi è specialmente autorizzato. È forse non evidente, secondo l'art. 352+444 del Cod. di proc., che l'usciere il quale notifica una rinunzia con atto stragiudiziale si espone ad una disapprovazione, qualora non dichiari esser stata sottoscritta dal rinunziante o dal suo procurator speciale ?

Epperò noi crediamo necessaria alla rinunzia la sottoscrizione o il mandato, anche quando non avesse avuto luogo nella forma indicata dall' art. 402. Tale sembra benanche, quantunque non espressa in una maniera esplicita, la opinione di molti altri scrittori, i quali esentano da tale necessità soltanto la rinunzia fatta e ricevuta all' udienza, poichè allora la testimonianza de' giudici supplisce all' autenticità della firma per comprovare il consenso delle parti. (*Vedi la quistione* 1458). Tal' è finalmente il sentimento della Corte di Agen, la quale con decisione de' 28 gennaio 1833 (*Sirey*, *tom.* 33, *pag.* 159,) giudicò che la rinunzia ad un appello fatta con atto di usciere, come se fosse stata formata con atto di patrocinatore, dev' essere sottoscritta dall'appellante.

L' abbandono di una parte delle sue pretensioni, coll' acquiescenza che presta l' attore alle offerte del suo avversario, o con una semplice modificazione di conclusioni autorizzata con l' articolo 33 del decreto de' 30 marzo 1808, non costituisce una rinunzia nel senso del nostro art. 402; e la Corte di Bordò, a' 14 giugno 1838, e quella di Poitiers, ai 5 aprile 1837, giudicarono non essere applicabili le disposizioni del codice di procedura, potendo tale specie di rinunzia parziale validamente esser contenuta in un atto di patrocinatore non sottoscritto dalla parte. Analoga a queste decisioni è quella pronunziata dalla Corte di Lione a 30 giugno 1831.]

[1459 bis. *Per la validità della rinunzia vi bisogna assolutamente l'accettazione volontaria del convenuto, talchè se egli la rifiuta, non esista un mezzo per supplirvi?*

Sembra sorprendente, a prima giunta, che si richiegga il consenso del convenuto per la validità di una rinunzia: non dipenderebbe forse principalmente dall'attore intentare o pur no la lite che deve giudicarsi? Di che cosa potrà dolersi il convenuto, se, senza sua saputa, mettesi un termine alle procedure contro lui dirette? Ha forse il dritto di pretendere che si prosegua il giudizio? Siffatta condotta sarebbe forse ragionevole, e può supporsi che egli la tenga?

Ma approfondendo maggiormente la cosa, chiaramente si conosce l'interesse eventuale del convenuto ad opporsi alla rinunzia.

Rammentiamoci primamente, siccome dicemmo sulla quistione 1451 bis, che la rinunzia annulla soltanto il procedimento e lascia intatta l'azione.

Per lo che se si facesse nello scopo fraudolente di evitare una sentenza contraria da cui si è minacciato, per procurarsi in prosieguo, con una novella istanza, un qualche vantaggio, o se tendesse a sottrarre la causa agli effetti di una decadenza legalmente incorsa, per esempio in materia di esame: se non fosse, in una parola, legitimata dalle contestazioni, o almeno da dubbi fondati, sia sulla regolarità della citazione introduttiva del giudizio, sia sulla competenza del tribunale che dovea conoscer della cosa, sia sull'ammissibilità attuale dell'azione; se da un'altra banda, il convenuto ha formato qualche dimanda incidente o riconvenzionale che voglia far giudicare; in tutti questi casi havvi interesse, e spesso un'interesse potente, a non accettare la perfida rinunzia che gli si offre; e quindi essendovi Interesse, è necessario che sia vi dritto.

La rinunzia dunque non deve dipendere unicamente dalla volontà dell'attore.

Ma del pari non bisognava però che il convenuto per parte sua avesse il potere di opporvi un *veto* assoluto e capriccioso, allorchè si dimanda da lui la sua accettazione; l'art. 403 non ha inteso farne una condizione *sine qua non*. Concedendo a tale accettazione la forza di far produrre ad una rinunzia tutti i suoi effetti, e di pieno dritto, non ha inteso metterla nel novero dei contratti i quali non posson sussistere che col concorso simultaneo delle parti. Siffatta disposizione significa solamente, che allorquando tale concorso ha luogo, non vi è bisogno di ricorrere ad un giudizio per farlo sanzionare.

Il rifiuto del convenuto può non esser legittimo; ed allora non è permesso al convenuto di passar oltre, ma deve dirigersi al tribunale che conosce della causa, il quale come giudice naturale di tutte le controversie che sopraggiungono tra le parti, pronunzierà sulla rinuncia non accettata, e la dichiarerà valida o pur no, senza potere, pria di tal decisione, occuparsi del novello giudizio che il rinunziante avesse sostituito al primo. (*Bordeaux*, 18 *marzo* 1829.)

Tal'è la teoria perfettamente giusta sanzionata dalla corte suprema nel suo arresto del 15 dicembre 1720 (*Dalloz*, *tom.* 9, *p.* 191 *Sirey*, *tom.* 51, *pag.* 137), e che insegnano Favard, tom. 5, pag. 80, n. 5, e Dalloz, tom. 9, pag. 184 n. 7. Senza entrare in tali particolari ma eziandio senza minorarli, Pigeau, alla proc. civ. lib. 5, part 5, tit. v. cap. 3, sez. 1 art. 4, e comm. tom. 1, pag. 691, Thomines, n. 451, e Boitard tom 4, pag. 43 e seg. espongono con chiarezza i motivi che il convenuto può avere di rifiutare ed i casi in cui non sarebbe ammesso a farlo.

Applicando gli esposti principî ed usando del dritto che esse hanno di giudicare in fatto di legitimità di una rinuncia, le corti hanno renduto a tal riguardo diverse decisioni.

Quindi la corte di Douai, a'26 febbraio 1825 dichiarò che la rinuncia non dev'esser accettata dal giudice, allorchè è sfornita di legitimi motivi, e sembri formata a sol oggetto di sottrarsi dalla sentenza, conservandone l'azione; e la corte di Bordeaux a'9 giugno 1837 decise che l'attore non può esser ammesso a rinunziare sotto il pretesto di una incompetenza puramente personale, allorchè il convenuto non vuole avvalersene. Pigeau Comm. tom. 1, pag. 592, manifesta la stessa opinione, facendo osservare che non sarebbe lo stesso se si trattasse di una incompetenza materiale, dappoichè il rifiuto del convenuto non esenterebbe il suo avversario dal veder la sua dimanda rigettata dal tribunale.

Il motivo però su cui poggiasi la corte di Bordeaux non sembraci sufficiente, perchè, in materia d'incompetenza personale, il tribuna-

le che conosce della causa non è forzato a giudirare. (*Ved. la quist.* 721.) Gli è vero che se, per rispetto ad una rinuncia, il tribunale pronunzia il rigetto, vale come se consentisse a giudicare, ed allora la rinunzia è senza interesse, nel mentre che, se trattasi di una incompetenza *ratione materiae*, il giudice può sempre e deve anzi rinviare le parti dinanzi a chi di dritto.

L'amministrazione la quale ha ottenuta ed eseguita una sentenza di espropriazione contro un individuo per causa di utilità pubblica, non può rinunziare alla dimanda per la quale essa provocò siffatta decisione. (*Bordeaux* 16 *gennaio* 1832).

Ai 19 marzo 1812 (*Dalloz*, *tom*. 9, *pag*. 197; *Sirey*, *tom*. 12, *pag*. 247), la corte di cassazione, ed il 21 novembre 1818, la corte di Rennes, dichiararono inammissibile la rinunzia ad una istanza fatta sotto pretesto di una lite pendente dinanzi un' altro tribunale posteriormente chiamato a conoscere della causa; infatti si sa che in questo caso appartiene al primo tribunale giudicar della causa. (*Ved. la quist*. 726). A' 22 giugno 1835 la corte di Liege giudicò differentemente senza però contrariare la precedente decisione, perciocchè nella specie presentatale in disamina, le due dimande non erano fondate sulla stessa causa; epperò non eravi vera pendenza di lite.

Secondo un arresto della corte suprema del 31 dicembre 1818 (*Sirey*, *tom*. 19, *pag*.157) allorchè una parte rinunzia ad una sua azione dinanzi al tribunale di polizia, credendolo incompetente, il tribunale può rifiutarsi ad accogliere la rinunzia se giudica la causa di sua competenza.

La rinunzia può ancora esser rigettata se ha per iscopo di portar la causa dinanzi ad un altro tribunale, dopo che quello innanzi a cui pende la detta causa trovasi aver renduto una sentenza interlocutoria che la parte avversa ha interesse di fare eseguire. (*Treves*, 3 *agosto* 1809 ; *Dalloz*, *tom*. 9, *pag*. 193; *Sirey*, *tom*. 7, *pag*. 921).

Finalmente la Corte di cassazione ritenne, il giorno 21 marzo 1831, che una decisione della Corte di Aix, nel dichiarar nulla una rinunzia, non avea violata alcuna legge, atteso che il convenuto non invocava nella causa alcuna nullità di procedura, alcuna incompetenza del tribunale.

Se i tribunali hanno il diritto di rigettare una rinuncia sulla quale siavi controversia, possono benanche, secondo le circostanze, costringere il rifiutante ad accettarla, e ciò appunto praticò la corte di Parigi, il 20 gennaio 1832 in proposito di una rinunzia che il convenuto rifiutava, come contenente la riserva d' intentare una novella azione. (*Ved. la quistione* 1460).

Del resto Carrè ha stabilito questa teoria, solidamente, in un consulto inedito, che noi riportiamo :

» Il consiglio sottoscritto, al quale fu sottomessa la quistione per conoscere se la corte di Angers poteva, senza controvvenire alla legge, dare atto, come praticò colla sua decisione del 21 novembre 1818, a' figli Bousseau de Labroue, di una rinunzia regolare fatta nella forma solamente, ma che il signor Fresnais, loro avversario, rifiutava di accettare; e più generalmente, *se i tribunali posson ammettere una rinunzia offerta dall attore allorchè il convenuto ricusa d accettarla*, opina nel seguente modo : »

La *rinuncia*, secondo la dottrina del Codice di procedura stabilita sulle conseguenze dirette delle sue disposizioni, non è altro se non un'atto in forza del quale l'attore rinunzia ad ogni procedimento sulla dimanda che ha avvanzata, e conseguentemente, Berriat ha ragionevolmente detto, che dessa è l'azione di rinunziare ad una *procedura cominciata*.

» Di fatto, la legge dichiara espressamente, articolo 403, che la rinunzia rimette le cose da entrambe le parti nello stesso stato in cui erano prima della dimanda; non produce dunque giammai un mezzo d'inamissibilità contro una novella dimanda, in una parola, l'azione considerata, come dritto di agire in giudizio, sussiste sempre.

» Ma niuna disposizione impone a colui al quale appartiene questo dritto, l'obbligo di esercitarlo in un dato termine ; egli è dunque ammesso a formare la sua dimanda fino a che l'azione non è prescritta, e per conseguenza può rinunziare in ogni stato di *causa*, perciocchè se così non fosse, verrebbe privato della facoltà di proseguire la sua azione all' epoca nella quale egli crede più convenevole ai suoi interessi.

» Da un'altra parte, niuna disposizione della legge vieta la rinunzia, allorchè la procedu-

ra fosse giunta a tale o tal'altro punto, per esempio, allorchè fosse stato contestato il giudizio cogli atti fatti da parte del convenuto, e siffatta ragione basta per non potersi pretendere che una rinunzia non sia validamente fatta allorchè così è rispettivamente impegnata la procedura.

» Quindi, se la legge incaricava espressamente i tribunali di decidere sulle contestazioni nascenti dalla mancanza dell'accettazione per parte del convenuto della rinunzia fatta dall'attore, sarebbe incontrastabile che il primo non potrebbe opporsi a far rendere priva di effetti la rinunzia, sull'unico motivo di esservi già la procedura contraddittoria e rispettiva delle parti.

» Ammettere la distinzione stabilità nell'istanza del signor Fresnais, fra una procedura *unilaterale*, nel corso della quale la rinunzia sarebbe permessa, ed una procedura *bilaterale*, che vietasse di farlo, sarebbe lo stesso di contravvenire ai principî incontrastabili i quali proibiscono di distinguere allorchè la legge non distingue affatto, e di supplire delle nullità e delle eccezioni da essa non pronunziate: sarebbe lo stesso, in una parola, di surrogare l'arbitrio del giudice alla volontà del legislatore.

» Resta dunque per principio costante, secondo siffatte osservazioni, che l'attore può in ogni stato di causa, rinunziare alla lite che ha introdotta, onde rimettere, come lo dice la legge, le cose nello stesso stato in cui erano prima che avesse avvanzata la sua dimanda.

» Ciò posto, bisogna esaminare se il giudice di questa dimanda, sul rifiuto dell'accettazione per parte del convenuto, può dare atto all'attore della sua rinuncia, e dichiararsi spogliato del dritto di giudicar della dimanda che il convenuto vorrebbe far reggere in giudizio.

» Il sottoscritto non esita di adottare l'affermativa, contro della quale l'istanza del signor Fresnais non sembragli contenere alcun solido motivo.

» E primamente, è principio incontrastabile che ogni dritto accordato dalla legge, suppone necessariamente quello di ricorrere all'autorità giudiziaria affin di ottenerne o conservarne il godimento; in altri termini, tutte le volte che elevasi un'ostacolo all'esercizio di un dritto, i tribunali debbono prestare il loro appoggio a colui il quale prova che questo dritto gli appartiene. Or l'art. 402 † 495 del codice di procedura civile accorda ad ogni attore, senza distinzione di maggiore o minore avvanzamento di procedura, senza fissare termine sotto pena di decadenza, la facoltà o il dritto di rinunziare alla dimanda da lui avvanzatà.

» È vero che il detto articolo esprime che la dichiarazione può essere fatta ed accettata con semplici atti firmati dalle parti o dai loro procuratori, e notificati da patrocinatore a patrocinatore; e leggesi nell'articolo seguente (403 † 496) che la rinuncia allorchè sarà stata accettata, porterà di pieno dritto il consenso di rimettere le cose, da entrambe le parti, nello stato in cui erano prima della dimanda.

» E da ciò si è creduto poter conchiudere, per l'attore in cassazione, che il tribunale adito pel giudizio, che forma oggetto della rinuncia, rimane in ogni caso straniero a questo atto, il quale di pieno dritto debb'essere riputato non avvenuto, ove non è accettato. Ma sarebbe evidente, siccome osservò la corte di Angers, che se si ammettesse una simile dottrina, dipenderebbe dal capriccio del convenuto di privare l'attore della facoltà di rinunziare, e per conseguenza del vantaggio che la legge gli ha voluto garentire accordandogli siffatta facoltà; di evitare le spese cagionate da una procedura che avrebbe a temere di veder dichiarar nulla o irregolare; quelle di una declinatoria che potrebb'essere proposta; quelle dei pari che fossero la conseguenza di una dimanda prematura ec.; casi ordinarî i quali danno luogo alla rinunzia della lite, e nei quali non può dirsi che il convenuto avesse qualche interesse a ricusare la sua accettazione, poichè se la procedura continuasse, la decisione che si emetterebbe non verrebbe a terminare la causa in merito del pari che non l'avrebbe terminata la rinunzia, e conseguentemente, a danno dell'attore e senza utile del convenuto, darebbesi luogo alle spese posteriori a siffatta rinuncia.

» Ad oggetto di prevenire questo inconveniente, il legislatore ha accordato tale facoltà, siccome dicono gli scrittori; ma la previdenza della legge sarebbe inefficace ove potesse dipendere dal convenuto d'impedire a suo talento gli effetti legali della rinunzia. Tutte le volte adunque che il convenuto rifiuta di accettarla, è nello spirito della legge che il tribu-

bunale prenda conoscenza dei motivi del rifiuto, li valuta, e dichiara valida la rinuncia, ove riconosca che questo rifiuto è il risultamento d' un capriccio.

» Contro siffatta opinione, stabilita sulla ragione e sulla giustizia, non potrebbesi opporre che dipenderebbe benanche dall'attore di stancare il suo avversario con azioni continuatamente rinnovate. L'art. 403 + 496 ha prestato rimedio a tale inconveniente, disponendo che la rinunzia porterà con se l'obbligo di pagare le spese coll'arresto personale, dietro una semplice ordinanza del presidente; e non si può dire che il legislatore, dopo di aver presa questa precauzione, abbia voluto che la facoltà di rinnovare molte dimande fosse una ragione per togliere al tribunale quella di dare atto di una rinunzia.

» Siffatta considerazione, proposta come uno dei principali motivi dal signor Fresnais nella sua istanza, non ha alcun' appoggio ragionevole, ed è respinta dall'inverosimiglianza che una parte si diletti a rinnovare a sue spese molte dimande per la medesima causa.

» Senza dubbio, Pigeau ha potuto ragionevolmente dire, che la rinuncia *è una semplice proposizione che non liga il convenuto se non quando è stata da lui accettata*. Ma non potrebbesi conchiudere che, se la proposizione non è accettata, il tribunale non possa giudicare che debb'esserla, e costringere il convenuto, il quale senz' interesse e ragione ha ricusato di perfezionare il contratto, a portarlo ad effetto: perciò è da osservarsi che l'art. 402 non dichiara che la rinuncia dovrà necessariamente, per produrre i suoi effetti, essere accettata dal convenuto, ma limitasi a dichiarare che può essere fatta ed accettata con semplici atti. Qui la legge non fa altro, come fu osservato dalla sezione del tribunato, nel momento della discussione del progetto, se non *introdurre un modo semplice di metter fine ad una procedura*. Essa autorizza una forma che per lo innanzi espressamente non esisteva, e che dava all' attore il dritto di far ricevere giudiziariamente la rinunzia, da cui nascevano delle spese, che oggi l'atto di accettazione fa risparmiare.

Si è per tale considerazione, che la legge ha dato al convenuto la facoltà di formare il contratto con semplici atti, che oggidì con stabilita giurisprudenza può il convenuto farsene dare atto dal tribunale.

»Che se dietro le precedenti osservazioni è impossibile di ammettere che dipenda dal capriccio del convenuto di privare l'attore della facoltà di rinunziare, la rinuncia può esser giustamente rifiutata sol quando non sarebbe pura e sempre, racchiudendo condizioni pregiudizievoli al convenuto, e dirette ad attentare ai dritti acquistati cogli atti d'istruzione fatti in contraddizione; spetta allora al tribunale pronunziare su tale controversia, seguendo il principio generale innanzi stabilito, a norma del quale appartiene in tutti i casi all' autorità giudiziaria di far cessare l'ostacolo frapposto all'esercizio di un dritto qualunque.

Deliberato a Rennes li 12 luglio 1820.

» Carrè. »

Lo stesso accade nel caso in cui il rifiuto deve esser condannato *a priori*, e nel quale per conseguenza i tribunali non possono dispensarsi di ammettere la rinuncia. Tal' è, secondo la corte di Besançon, la decisione del 24 febbraio 1813, quello in cui il creditore istante di un pegnoramento d' immobili, impugnato dal sequestrato, rinunzia al sistema già tenuto di procedura, sottomettendosi a tutte le spese frustranee. Di fatti ciò è piuttosto un acquietarsi alle pretenzioni dell' avversario, che una vera rinuncia. Il suo consenso sarebbe forse necessario, allorchè incominciò egli stesso a darlo elevando le sue pretenzioni? Pigeau, al Comm. t. 1, p. 622, stabilisce come un principio, e noi lo crediamo esatto, che ogni qual volta la rinuncia ha per conseguenza di accordare al convenuto l' oggetto delle sue conclusioni, questa rinuncia è da se stessa perfetta, nè ha bisogno di un posteriore consenso; Boitard, tom. 2; pag. 44; sembra manifestare la medesima idea.

Succede lo stesso allorquando l'attore rinuncia alla sua citazione, pria che il convenuto abbia costituito patrocinatore. Il giudizio non è ancora contestato, ed appartiene intieramente all'attore annullarlo con sua propria e sola volontà. Così opina benanche Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 691, e la corte di Brusselles vi pronunziò il 27 ottobre 1841. (*Gior. di B.*, *tom.* 2, *pag.* 191).

È inutile far osservare che la parte la quale rifiuta di accettare la rinuncia, debb' essere condannata alle spese della sentenza che la costringe ad accettarla. (*Cassazione*, 12 *decembre* 1420; *Dalloz*, *tom.* 9, *pag.* 191; *Sirey*,

tom. 21, *pag.* 187; *Rennes*, 10 *gennaio* 1820. — *Ved. la nostra quist.* 1459)].

[1459 ter. *Per produrre i suoi effetti la rinuncia all' appello dev' esser preliminarmente accettata, siccome è necessario per la rinunzia ad un giudizio in primo grado di giurisdizione?*

Siccome dicemmo sulla precedente quistione, l' accettazione del convenuto o la sanzione della giustizia possono soltanto, per regola generale, imprimere il suggello dell' efficacia alla rinunzia, la quale sino a questo momento rimane nello stato di semplice proposizione, talchè non liga il convenuto, il quale può proseguire gli atti di procedura, nè l' attore, ch' è libero di ritrattarla, siccome fu stabilito nel n. 1466, nè le corti commettono alcun' eccesso di potere pronunziando sopra conclusioni con cui la rinunzia non venne accettata. (*Cassaz.* 5 *dicemb.* 1838).

Ma, dicesi, e Merlin ha appoggiato un cosiffatto sistema, da lui esposto nel suo *Repertorio* alla parola *Rinunzia all' appello*, §. 1, che questi principî applicansi soltanto alla rinunzia di una dimanda pendente in prima istanza, e non già alla rinunzia all'appello.

La ragione da lui addotta si è, *che ogni rinunzia all' appello contiene necessariamente, e per la forza delle cose, acquiescenza alla sentenza che ne forma l' oggetto*; or un acquiescenza alla sentenza, siccome dicemmo in fine della precedente quistione, non ha bisogno di essere accettata; reputandosi sempre esistente anticipatamente tale accettazione per parte di colui che introdusse il giudizio o ottenne la sentenza.

Ma, nel n. 1451 *bis*, abbiam già dimostrato essere erronea la opinione di coloro che scorgono in ogni rinunzia all' appello un acquiescenza, opinione la quale origina dalle false idee concepite talvolta sulla natura della rinunzia.

Non vi ha dubbio che se la rinunzia ha luogo dopo spirato il termine di appello, deve riguardarsi come un' acquiescenza, perciocchè è una vera rinunzia al dritto di appello, che appena spirato non può più esercitarsi, siccome fu ragionevolmente deciso dalla Corte di Bordeaux a' 14 luglio 1829.

Ma questa fu una decisione figlia delle circostanze, la quale non può adottarsi per regola generale; e sarà sempre vero che la rinunzia per se stessa risguarda soltanto la procedura, donde segue che se la procedura può rivivere, l' azione si conserva. Per lo che un' individuo non reputasi aver rinunziato ad impugnar la sentenza con un nuovo appello, allorchè egli rinunzia ad un appello irregolare primamente da lui prodotto.

Mediante adunque tale preciso ragionamento, fatto benanche da Favard, tom. 2, pag. 81, n. 8, riuscirà agevole di respingere la numerosa giurisprudenza che sembra aver sanzionata la teoria di Merlin.

Questa si compone delle decisioni della corte di cassazione de' 18 marzo 1811 (*Dalloz*, *tom.* 9, *pag.* 189), di Tolosa, 5 feb. 1832 (*Sirey*, *tom.* 32, *pag.* 601), di Parigi, 6 dicembre 1833, di Nancy, 22 maggio 1834, e di Bordò, 24 marzo 1838, che furono pronunziate ne' casi in cui evidentemente la rinunzia era posteriore al termine concesso per l' appello: e delle decisioni delle corti di Montpellier, 23 maggio 1828 (*Sirey*, *tom.* 29, *pag.* 26), Limoges 21 dicembre 1832, in cui non ha potuto verificarsi la stessa circostanza, non avendo gli autori della collezione di tali decisioni riportato i fatti, ma che però, secondo tutte le probabilità, bisogna ritenerla esistente.

Ciò posto, rimane soltanto la decisione molto precisa, bisogna convenirne, pronunziata dalla corte suprema a' 21 dicembre 1819 (*Dalloz*, *tom.* 9, *pag.* 192; *Sirey*, *tom.* 20, *pag.* 170); talchè non è possibile ritenere esservi incorso qualche equivoco: da detta decisione risulterebbe realmente che la rinunzia all' appello in niun caso può risguardare esclusivamente la procedura, ma che interessa sempre necessariamente il merito del dritto, e costituisce sempre un' acquiescenza.

Ma qual' è il motivo addotto dalla corte suprema? » *Attesochè l' art.* 402 *del cod. di proc. parla soltanto della rinunzia all' azione, e che nella causa in esame si trattava della rinunzia all' appello.* »

Noi ci contenteremo di rispondere con queste parole di Favard: » Allorchè il legislatore ha compilato l' art. 403 del cod. di proc. erano presenti al suo spirito gli effetti della rinunzia sull' appello, poichè nel terzo verso di tale articolo espressamente ne parla; e non solamente non prescrive che la rinunzia all' appello avrà un effetto diverso da quella fatta in prima istanza, ma sol perchè le ordina nella stessa linea, le sottopone alle medesime condizioni e fa loro produrre i medesimi effetti. E ciò è sif-

fattamente vero che l' art. 470 + 534 dichiara che le altre regole stabilite pe' tribunali inferiori saranno osservate ne' tribunali di appello, e l'accettazione della rinunzia non che i suoi effetti vanno nel numero di quest'altre regole. Che se la intenzione del legislatore fosse stata quella di assimilare la rinunzia dell' atto di appello all' acquiescenza prestata alla sentenza di prima istanza, avrebbe sicuramente dovuto dirlo, siccome fece nell'art. 469 + 533, relativamente alla perenzione, dichiarando che in grado di appello essa produrrà l'effetto di dare alla sentenza di cui è appello l' autorità della cosa giudicata; epperò se non ne ha parlato, è segno che non ha voluto dirlo, e non spetta ai tribunali di supplire ad una formale acquiescenza in un caso in cui non venne dalla legge stabilito. »

In sostegno della nostra opinione possiamo benanche citare talune decisioni, le quali han ritenuta la necessità dell' accettazione: esse furono pronunziate dalla corte di Tolosa, 23 giugno 1829 (*Sirey*, *tom.* 30, *pag.* 23), e 25 maggio 1831, di Bordò, 21 nov. 1828 (*Sirey*, *tom.* 29, *pag.* 253), 28 marzo e 20 maggio 1831 (*Sirey*, *tom.* 31, *pag.* 238), e di Colmar, 3 agosto 1837, dichiarando che la rinunzia ad un atto di appello produceva i suoi effetti soltanto dopo di esser stata accettata, di modo che fino a tal epoca era in libertà dell' attore poterla ritrattare.

Citeremo ancora due decisioni della corte di Rennes, de'28 gennaio 1813, e 2 luglio 1818, che stabiliscono un principio inoppugnabile, cioè che la rinunzia all' appello *accettata* porta di pieno dritto, val dire senza necessità di sentenza, il consentimento affinchè le cose sieno rimesse nello stato in cui erano prima dell'appello; ed è ben difficile supporre di essersi elevata qualche opposizione sulla quistione stabilita in questi termini.]

ART. 403 + 496.

[1468 bis. *Che cosa deve contenere l'atto di rinunzia relativamente alle spese?*

La parte che rinunzia deve soggiacere al pagamento di tutte le spese fatte fino al giorno della sua rinunzia, ed è questa la testuale disposizione dell' art. 403, la cui violazione fu condannata dalla corte di cassazione con arresto de'26 febbraio 1828. (*Sirey*, *tom.* 28, *pag.* 316).

Ma appunto perchè la legge ne fa un obbligo necessario, non vi è bisogno, per la validità della rinunzia, che questa contenga l'offerta testuale di pagare le spese; poichè tale offerta reputasi sempre sottointesa. (*Amiens*, 11 *agosto* 1826).

Pertanto se pel convenuto vi fosse interesse affinchè le sue spese venissero impiegate come accessorie al credito che ha dritto di esigere, la rinunzia non contenente la offerta di tale impiego, non sarebbe sufficientemente motivata, essendo questa una specie di clausola la quale non risulta virtualmente dalla natura dell' atto. (*Parigi*, 3 *giugno* 1837).]

[1469 bis. *Quegli che rinunzia deve forse, a guisa del succumbente, soggiacere al pagamento della multa pronunziata dalla legge?*

Questa quistione fu trattata nel titolo dell' *appello*, al n. 1695.]

TITOLO XXIV.

Degli affari da trattarsi sommariamente.

ART. 404 + 497.

[1470 bis. *Le dimande che non eccedono la somma di mille franchi, ma che sono fondate sopra un documento, reputansi forse materie sommarie? Quid se il documento è controverso?*

Due ragioni, *a fortiori*, fan decidere che le dimande inferiori alla somma di mille franchi, fondate sopra un documento, si considerano come affari sommari. La prima si è che un tal carattere è loro attribuito anche quando sian formate senza alcun documento; e la seconda perchè la esistenza del documento rende sommarie anche le dimande superiori a questa somma.

Ma siccome queste divengono ordinarie, allorchè il titolo è controverso, si fa quistione se valga lo stesso per quelle inferiori alla somma di mille franchi, e se la contestazione del documento sul quale sono fondate, può produrre l'effetto di renderle ordinarie.

Può dirsi per la negativa, che la condizione della dimanda fondata sopra un documento controverso, non è peggiore della condizione di quella che non ha alcun documento in appoggio, e che se la mancanza del documento non impedisce di considerarsi come sommarie le cause il cui valore non eccede la somma di

mille franchi, tanto meno deve impedirlo la contestazione del documento.

Pertanto Carrè in un consulto deliberato a Rennes, ai 24 gennaio 1825, adottava la opinione contraria.

» All' indarno obiettasi, egli diceva, che le parole dell' articolo *a qualunque somma possono ascendere* (le dimande), debbano intendersi di una somma eccedente i mille franchi, poichè sarebbe lo stesso che introdurre nella legge una distinzione da lei non stabilita, ed alla quale non è permesso supplire.

» Le riferite espressioni debbono intendersi nel loro senso naturale, val dire che, qualunque siasi la somma, a contare dalla più modica fino alla più considerevole, allorchè vi sia un documento scritto non controverso, la causa è sommaria. Donde bisogna conchiudere *a contrario* che quando il documento è controverso, la causa non può più trattarsi sommariamente per quanto piccola sia la somma che forma l' oggetto del litigio.

« Perchè si potesse con qualche apparenza dare all' art. 404 la proposta interpetrazione, bisognerebbe almeno che s' invertissero i paragrafi 2 e 3, cioè mettere questo in luogo dell' altro e *viceversa*.

» Per la qual cosa il sottoscritto consiglio opina non esservi alcun dubbio che la causa s' a da considerarsi come ordinaria, quantunque il suo valore non ecceda la somma di mille franchi, essendo il documento controverso. »

[1470 ter. *Una causa da principio sommaria può forse in seguito divenire ordinaria ?*

Che si, per esempio, dice Wewroort, pag. 94, le azioni puramente personali sono sommarie quando il documento non è controverso; suppongasi che sopra una dimanda di pagamento di una cambiale, il convenuto si rendesse contumace; il documento non essendo fino a quest' epoca controverso, la causa è considerata sommaria. Ma se egli forma opposizione ed i suoi motivi di difesa consistono nell' impugnare il documento, la causa allora in grado di opposizione addiviene ordinaria. Oppure, dopo aver fatto decorrere il termine per la opposizione, produca appello dalla sentenza ed impugna il documento, la causa anche allora diviene ordinaria in grado di appello.

Una causa sommaria nel principio può benanche addivenire ordinaria in segn'to delle dimande incidenti formate dal convenuto, allorchè tali dimande incidenti sono esse stesse ordinarie; è chiaro che simil cosa può anche verificarsi in appello, poichè il convenuto può in appello avvanzare una dimanda incidente, purchè sia in difesa della dimanda principale. (*Art.* 464 † 528 *del cod. di proc.*)

Potrebbonsi moltiplicare questi esempi: ma quelli da noi esposti sembranci sufficienti per far comprendere in quali casi un giudizio, sommario in principio, possa addivenire ordinario. (*Vedi ancora Cabissol*, *pag.* 94). Si possono consultare due arresti della Corte di cassazione, uno de' 18 marzo 1829, e l' altro de' 18 gennaio 1830, che pronunziarono sopra casi ne' quali dimandavasi che fusse ammessa siffatta distinzione.

È principio quasi generalmente ricevuto in giurisprudenza, che le dimande riconvenzionali di danni ed interessi non rendono una causa capace di appellazione, allorchè prima non l' era, e che tali danni ed interessi hanno la loro sorgente nella stessa azion principale. Ai 12 gennaio 1831 (*Sirey*, *tom.* 31, *pag.* 390) la Corte di cassazione applicò questi principi agli affari sommari, e noi crediamo essersi in tal guisa uniformato allo spirito della legge.]

Art. 405 † 498.

[1478 bis. *Si può forse, in materia sommaria, ordinar che la causa sia messa a rapporto, o una istruzione per iscritto ? Lo si può forse in grado di appello ?*

Noi esaminammo le due prime quistioni al n. 448, potendo citar benanche le opinioni di Demiau, pag. 88, e di Thomines, n. 458. Pigeau nel suo *Comment.* tom 1, pag. 451, persiste nella opinione contraria emessa nella *procedura civile*.

È insorto il dubbio se le stesse regole fossero applicabili in grado di appello, poichè l' art. 463 † 527 non contiene alcuna disposizione la quale inibisca di ordinare una istruzione per iscritto. Ma noi crediamo, con Lepage, pag. 309, e con Demiau, pag. 350, che siccome in prima istanza, neanche in appello possono le cause sommarie esser messe a rapporto; prescrivendo infatti l'art. 476†540 che bisogna osservare in grado di appello tutte le regole stabilite in prima istanza, purchè però non sieno in opposizione a quelle stabilite per l'appello.]

[1478 ter. *Adoperandosi le formole ordinarie in materia sommaria, e viceversa, si va incontro forse ad una nullità di ordine pubblico, che non possa esser sanata dal consentimento o dal silenzio delle parti?*

La corte di Brusselles ritenne la negativa, ai 21 ottombre 1829 (*Giorn. di Bruss. tom.* 1 *del* 1830.) Ma l'affermativa fu consacrata dalla corte di cassazione a'18 marzo1828 (*Sirey*, *tom.*28, *pag.* 173), ed ai 12 aprile 1831 (*Comment. sulla tariffa*, *tom.* I. *pag.* 439).

Noi approviamo quest' ultima opinione, poichè la legge dev' essere rispettata nelle convenzioni de' particolari. Consentire ad essere giudicato da un tribunale secondo la forma ordinaria, in una causa sommaria, vale lo stesso che cangiar la natura delle attribuzioni di questo tribunale, e ciò è impossibile.]

Art. 407 † 500.

[1479 bis. *Sarebbe nulla la sentenza che avesse rinviato l' esame sommario innanzi ad un giudice commessario, ovvero sarebbe nullo cotesto esame fatto innanzi al commessario, invece di farsi all' udienza?*

Se la sentenza che ordina procedersi ad un esame sommario fuori la udienza e d' avanti ad un giudice commessario, fosse deferita ad una giurisdizione superiore, questa non potrebbe dispensarsi di annullarla, come quella che ha violato l' art. 407; il che appunto praticarono le corti di Bordò, ai 19 agosto 1811 e 31 marzo 1830 (*Dalloz*, *tom.* 12, *pag.*571; *Sirey*, *tom.* 12, *pag.* 65 *e tom.* 31, *pag.* 76), quella di cassazione, 1 agosto 1832, e di Brusselles, 20 luglio 1835. (*Gior. di Brus. tom.* 2 *del* 1835, *pag.* 408).

Ma se, senza denunziare la sentenza che ha ordinato l' esame, e dopo di essersi eseguito, dimandasi la nullità di detto esame, noi crediamo, colla corte di Besançon, 9 dicembre 1808 (*Dalloz*, *tom.* 12, *pag.* 571), con quella di cassazione, 27 maggio 1939, ed in opposizione al sentimento di Dalloz, tom. 12 pag. 571, n.3, che la nullità non dovrà essere pronunziata.

Infatti l' art. 407, nel prescrivere di farsi l' esame all'udienza, non aggiunge ch' esso sarà nullo se si proceda in tutt' altra maniera Bisognerebbe dunque, perchè si potesse supplire una tal pena, che la udizione de testimoni innanzi ad un giudice commessario avesse cagionato un danno alle parti sul merito stesso della causa; ed in tal caso possono esse dolersene? evidentemente di no. Ognuna di loro avrà goduto di un modo di procedere da cui i suoi dritti vennero maggiormente garentiti che non l' avrebbe fatto il procedimento eccezionale anlorizzato per gli esami sommari; e sarebbe a proposito il dire: *Quod abundat non vitiat.* Gli è vero che ne risulterà un aumento di spese; ma questo inconveniente non colpirà affatto il merito della causa, e quindi non ci sembra capace di viziare la sentenza colla quale vi si porrà termine.]

[1841 bis. *È necessario notificar la sentenza che ordina l' esame in materia sommaria?*]

Dalle corti di Torino, 18 nov. 1807 (*Sirey*, *tom.* 7, *pag.* 715), di Parigi 10, giugno 1812 (*Sirey*, *tom.* 12, *pag.* 424) e di Brusselles, 21 maggio 1814 (*Pasicrise Belgio sotto la stessa data*), e 16 ottobre 1822, fu ritenuta la negativa, sul motivo che tale notificazione, dando luogo a delle spese, sarebbe in opposizione allo spirito dell'articolo in esame, non che in opposizione allo stesso testo dell'art.413 †506, il quale non mette questa formalità nel novero di quelle che esso rende comuni agli esami sommari. Quindi si può aggiungere con Favard, tom. 2, pag. 370, n. 1, che la sentenza prescrivendo il giorno, il termine naturalmente decorre a contare dalla pronunziazione di essa e non già dalla sua notificazione, la quale in tal caso è precisamente inutile. (*Rennes*, 3 *maggio* 1810).

Ma non potendo questa ragione applicarsi alla sentenza pronunziata in contumacia, bisogna ricorrere alla distinzione stabilita da Pigeau, Comment. tom. 1, pag. 702, che dichiara inutile la notificazione allorchè la sentenza è pronunziata in contraddizione, ma è indispensabile allorchè è contumaciale. Questo scrittore conforta la sua opinione colle analoghe disposizioni contenute nel codice di procedura rispetto agli esami presso i giudici regi; e noi crediamo dover essere adottate.

Una decisione della corte di Brusselles de' 2 luglio 1829 (*Giorn. di Bruss. tom.* 2 *del* 1829, *pag* 55) suppone in tutt'i casi la necessità della notificazione della sentenza o di qualunque altro atto tendente a mettere in mora le parti per far decorrere il termine dell'esame

sommario, e Thomines, n. 459, tom. 1, pag. 632 positivamente l' insegna.

Nel titolo dell' *Esame*, n. 998, noi abbiam già esaminata questa quistione, ed abbiam deciso che i principi sviluppati nel n. 990 *bis* non erano applicabili alle materie sommarie.]

ART. 410 ✝ 503.

[1484 bis. *Bisogna forse far benanche menzione del giuramento prestato da' testimoni e della loro dichiarazione in risposta alle interpellazioni indicate dall' art.* 262 ✝ 357 ?

Non vi ha alcuno il quale contrasti la necessità di osservare siffatte formalità, non potendo i giudici, senza il loro adempimento, valutare il grado di confidenza che essi debbono accordare a ciascuna deposizione; perlochè la corte di cassazione a'13 agosto 1832 annullò la sentenza di un tribunal di commercio, fondata sopra talune deposizioni di testimoni, senza che costoro avessero prestato giuramento. Ma bisogna forse negli esami sommari, siccome, secondo l' art. 262, è necessario per gli esami ordinari, che si faccia menzione nella sentenza di essersi a tanto adempito, allorchè tale sentenza è pronunziata in ultimo grado di giurisdizione?

Paragonando la disposizione dell' art. 410, che parla soltanto de' testimoni, con quella dell' art. 411, che esige benanche la menzione del loro giuramento ec., si crederebbe dover rispondere negativamente, siccome fece Pigeau, Comment. t. 1, pag. 705, ed una decisione della corte di Besançon, delli 8 giugno 1818. (*Dalloz, tom.* 20, *pag.* 289).

Pertanto se si riflette che l' art. 413 ✝ 506 prescrive di osservarsi tutte le formalità del titolo XII, relative sia alla proibizione di ascoltare i rispettivi conjugi delle parti, i consanguinei ed affini in linea retta, sia alle eccezioni di ripulsa ec :; se si riflette che l'art. 262✝357 contiene una di queste formalità; che finalmente la menzione di cui parliamo è richiesta per gli esami presso i giudici di pace, nelle sentenze inappellabili; si conchiuderà, con Carrè, *supra* Comment. CCCXXXVII, e con Boitard, tom. 2, pag. 57, ch' essa è parimenti utile nel caso in esame; del resto lo stesso Pigeau la inserisce nel modello di sentenza proposto nella sua procedura civile. Nella specie giudicata dalla Corte di cassazione ai 13 agosto 1832, incaricati di sostenere il ricorso, noi argomentammo dal silenzio della sentenza per dimostrare che i testimoni non aveano prestato il giuramento, e la Corte, senza parlare della mancanza di prova, considerò come se il giuramento non fosse stato prestato. Per verità essa sciolse la quistione nel senso della necessità della pruova di una formalità così essenziale.]

[1484 ter. *La menzione nella sentenza dei testimoni e del risultamento delle loro deposizioni è forse prescritta dall' art.* 140 *a pena di nullità ?*

Abbenchè l' art. 410 in niun caso pronunzi la pena di nullità, nulladimeno non potrebbesi indistintamente sottrarsi da essa la omissione di tutte le menzioni in detto articolo richieste.

Difatti se l' arresto della corte di cassazione, citato sulla precedente quistione, annullò una sentenza inappellabile la quale non contenea la menzione del giuramento de' testimoni, quantunque siffatta menzione non sia nel novero di quelle richieste dall' art. 410, e se il motivo su cui poggiava questo arresto si fu che non trovandosi nella sentenza alcuna pruova di essersi prestato il giuramento, la Corte suprema non avea alcun mezzo di assicurarsene, bisognerà eziandio conchiudere che per tutte le formalità sostanziali, siccome è quella del giuramento, sarà necessaria una menzione, al che mancandosi si darà luogo alla pena di nullità.

Noi però non poniamo nella categoria delle formalità sostanziali la menzione de' nomi de' testimoni; e crediamo che la omissione di essa non possa dar luogo ad un mezzo di annullamento. (*Cassazione*, 18 *aprile* 1810, *Sirey, tom.* 10, *pag.* 243, *Dalloz*, *tom.* 12, *pag.* 572. 15 *febbraio* 1832, *Sirey*, *tom.* 32, *pag.* 576, 21 *maggio e* 30 *luglio* 1833, *Sirey*, *tom.* 33, *pag.* 361.) Queste decisioni sono ragionevolmente approvate da Pigeau, Comment. tom. 1, pag. 705, da Favard, tom. 2. pag. 371, n. 3, e da Dalloz, tom. 12, pag. 572, n. 7. Dicasi lo stesso, ed a maggior ragione, per le menzioni di cui non parla l' art. 410, e che come questa fossero relative a delle formalità non sostanziali.

Ma la decisione de' 15 feb. 1832 giunse fino a ritenere potersi omettere benanche la menzione del risultamento delle deposizioni, senza darsi luogo a pena di nullità. Noi però non

possiamo uniformarci a questa teoria, sembrandoci siffatta menzione risguardar l'essenza della sentenza, la quale senza di essa non sarebbe motivata. Che se i tribunali potessero dispensarsi di enunciare il risultamento delle deposizioni dei testimoni nelle loro sentenze inappellabili, e in un esame sommario, non rimarrebbe più l'unica traccia di questo esame che il legislatore ha voluto che si conservasse; nè più si conoscerebbe se i giudici avessero potuto giustamente proclamare come provati i fatti che costituiscono i motivi della loro decisione; la quale non porterebbe più con essa la dimostrazione di essersi ben giudicata. Per lo che noi crediamo che ritenendo il contrario, la Corte suprema viene ad aprire un vastocampo all'arbitrio de' tribunali inferiori; dispensandoli di attestare un fatto che, per esser necessario, la legge formalmente prescrive di dichiarare; nè la legge ha potuto ordinare ai giudici di attestarlo e nel tempo stesso autorizzarli a non inserirlo nelle loro sentenze.]

[1485 quater. *Debbono forse ascoltarsi i testimoni separatamente* ?

L'art. 15 del tit. XXII dell'ordinanza dispensava gli esami sommari da questa precauzione, che a noi per altro sembra importante per evitare la influenza della deposizione dell'uno su quella dell'altro. Essa è benanche prescritta dall'art. 36 + 140 nei procedimenti che han luogo innanzi ai giudici di pace, ed i tribunali ordinari vi si uniformano per consuetudine, la quale sembraci salutare, senza che però la violazione di essa desse luogo a nullità, non essendo da' nostri articoli pronunziata.

Thomines, n. 459 è dello stesso avviso.]

ART. 411 + 504.

[1484 quinquies. *Vi sarebbe luogo a nullità se non si fosse compilato il processo verbale* ?

Sì, secondo l'avviso della Corte di Rennes, 4 agosto 1815 e 19 feb. 1821, di Tolosa, 29 nov. 1819, e di Bordò, 17 dicembre 1830, la cui dottrina è da noi approvata. No, secondo una decisione della Corte di Bordò de' 6 maggio 1831. (*Sirey*, *tom.* 31, *pag.* 315.)

La legge esigendo un processo verbale, se la sentenza sarà appellabile, ha per iscopo di mettere i giudici di appello a portata di conoscere il risultamento dell'esame, e di giudicare in seguito con conoscenza di causa. Or in qual modo potrebbero far ciò senza un processo verbale che attestasse loro siffatto risultamento? Gli è vero che l'art. 411 non pronunzia formalmente la nullità dell'esame per mancanza di processo verbale; ma quest'atto è talmente sostanziale che qualora non esistesse, l'esame non consisterebbe più che in talune deposizioni di cui i giudici di appello non trovando alcuna traccia, sarebbero impossibilitati a valutare. La teoria contenuta nell'ultima decisione della Corte di Bordò tenderebbe a rendere illusorio il mezzo dell'appello, ed il testo di questa decisione lo dimostra fino all'evidenza. La Corte considera che gli appellanti non adducono alcuna pruova; e la pruova risultava precisamente da un esame, e da un esame soltanto: quindi rigetta la loro dimanda sotto pretesto di non moltiplicare le spese in una causa di poco rilievo. Da questo vizioso ragionamento conseguita che la legge ha tesa una insidia all'appellante; poichè questi ha interposto appello conoscendo le formali disposizioni legislative, e la Corte sotto pretesto di non moltiplicar le spese rifiuta di applicarle. E che cosa importa all'appellante una spesa maggiore o minore, se può da una novella istruzione risultar la pruova di essersi sul conto suo malamente giudicato? La Corte ha dunque pronunziato soltanto nell'interesse della parte appellata. Nè può rinvenirsi alcun altro motivo; e sotto qualunque rapporto si riguarda questa singolare decisione, si troverà sempre aver essa sconosciuto i più elementari principi.

La Corte avrebbe dovuto annullare la sentenza, e rinviare la causa, siccome insegna Thomines, n. 459, innanzi ad un altro tribunale, che avrebbe novellamente pronunziato, dopo aver ricominciato l'esame.

Sarebbe lo stesso, se i primi giudici avessero trascurato di stendere il processo verbale per aver erroneamente considerata la causa come inappellabile.]

[1484 sexies. *Il processo verbale deve forse esser sottoscritto da' testimoni* ? *Deve essere notificato?*

Lepage, pag. 270, esaminando accuratamente la prima quistione, sembra inclinare per la negativa, che noi benanche adottiamo con Thomines, n. 460, attesochè l'art. 413 non sembra esigere la sottoscrizione de' testimoni, siccome è richiesta dall'art. 432 per gli esami

che han luogo innanzi ai tribunali di commercio.

Rispetto alla seconda, la negativa ritenuta da una decisione della Corte di Besançon de' 18 giugno 1818 (*Dalloz*, *tom.* 20, pag. 209), è ancor più certa. Difatti se in materia ordinaria notificasi il processo verbale di esame, si è affinchè le parti possano preparare la loro difesa: ma in materia sommaria, la legge non ha voluto accordar loro questa risorsa, poichè in molti casi non si distende alcun processo verbale, ed il suo unico scopo si è quello di conservare le deposizioni per sottometterle al giudice di appello. Finalmente le spese che sarebbero necessarie per questa notificazione sono in opposizione collo spirito di economia applicato dalla legge alle materie sommarie.

Vi è però un caso in cui malgrado tutte queste ragioni è indispensabile la notificazione del processo verbale; ed è quando l' esame sommario non si fece all' udienza, ma in forza dell' art. 412 † 505, innanzi ad un giudice di pace delegato. Allora non riputandosi avere i difensori delle parti ascoltate le deposizioni, è necessario comunicarle ad essi perchè possano discuterle; il che non può aver luogo se non mediante notificazione del processo verbale fatta a richiesta della parte più diligente.

Del resto l' art. 67, §. 9 della *Tariffa*, accorda un emolumento per tale notificazione.]

ART. 413 † 506.

[1486 bis. *Tutte le formalità contenute nell' art.* 261 † 356 *sono forse comuni agli esami sommari?*

Il paragrafo 2 dell'art. 413 richiama soltanto in osservanza le formalità relative *alla copia alla parte de' nomi de' testimoni*, donde siegue, secondo noi, non esser necessario, sotto pena di nullità, di citar la parte a comparire all' esame, purchè però la sentenza che l'ordina non sia stata pronunziata in contumacia; ed in vero chiaramente si scorge che se la sentenza è pronunziata in contradizione, siccome contiene la indicazione del giorno in cui verranno ascoltati i testimoni, porta naturalmente con se la citazione per questo stesso giorno; potendosi benanche a tal proposito invocare tutto ciò che si pratica negli esami innanzi ai giudici di pace. Negli esami ordinari è prescritta la citazione alla parte, pel motivo che non essendo indicato dalla sentenza il giorno in cui han luogo detti esami, bisogna necessariamente stabilirlo colla ordinanza del giudice commessario, la quale è sempre pronunziata in assenza della parte convenuta. Tutto il contrario si verifica negli esami sommari. Epperò la legge si è bene avvisata limitando alla copia de' nomi de' testimoni ciocchè delle disposizioni dell'art. 261 vuol fare osservare in questi esami. Pertanto la Corte di Agen, a' 26 agosto 1829 (*Sirey*, *t.* 32, *pag.* 361), dichiarò necessaria la citazione, e la corte di cassazione a' 20 giugno 1814 lo ha virtualmente supposto, annullando l' esame nel quale la parte era stata citata nel suo domicilio e non già in quello del suo patrocinatore. Queste decisioni però sembranci più severe della legge, sebbene Pigeau emetta lo stesso avviso nella sua procedura civile. (*Vedi la nostra quistione* 1481 *bis.*)

Ma *la copia ai testimoni* essendo tassativamente richiesta, ed essendo d'altronde indispensabilmente vantaggiosa, uopo è che sia notificata secondo tutte le formalità prescritte dall' art. 261; poichè l' art. 413 non solamente rende comune agli esami sommari cotesta copia, siccome sembra crederlo la corte di Bourges e di Rouen colle loro decisioni, de' 29 feb. 1812 e de' 28 feb. 1815 (*Dalloz*, *tom.* 12, *p.* 571; *Sirey*, *tom.* 15, *pag.* 222); ma bensì (leggasi il testo) *tutte le disposizioni del tit. XII relative a questa formalità.*

Per la qual cosa dalle soluzioni date alle quistioni 1018 *bis* e 1023, sorge la necessità di notificar questa copia alla foggia degli atti di citazione; di notificarla nel domicilio del patrocinatore (*vedi la citata decisione de'* 20 *giugno* 1814), talchè la omissione del domicilio dell' attore non porta seco alcuna nullità (*Besançon* 9 *dicembre* 1808; *vedi la quistione* 1018 *bis*); di notificarla tre giorni prima dell' esame, malgrado le citate decisioni delle corti di Rouen e di Bourges, ed uniformemente a quelle delle corti di Trevers, 6 giugno 1812 (*Dalloz*, *tom.* 12, *pag.* 573), Metz, 9 agosto 1823 (*Dalloz*, *tom.* 27, *pag.* 84), Brusselles, 18 aprile 1831, della corte di cassazione, 30 dicembre 1828 (*Sirey*, *t.* 29, *p.* 156), della corte di Limoges, 22 luglio 1837, ed uniformemente alla opinione di Pigeau, proc. civ. lib. 2, parte 2, tit. 3, cap. 1. art. 3, n. 2, e Comment. tom. 1, pag. 703.

La pena di nullità è del pari annessa alle o-

missioni di queste formalità, nè bisogna conchiuderne il contrario dal perchè non è pronunziata dall' art. 413, siccome malamente fece la corte di Metz ai 25 feb. 1814, e quella di Brusselles ai 18 aprile 1831; non basta forse che quest' articolo si riporti a tutte le disposizioni contenute nell' art. 261, relative alla copia del nome de' testimoni, e che nel novero di queste disposizioni si trovi la pena di nullità, siccome dimostrammo nella quistione 1023?]

[1486 ter. *La proibizione di sentire negli esami sommari i conjugi rispettivi delle parti, i consanguinei ed affini in linea retta, esclude forse la facoltà di ripulsare i consanguinei o affini in linea collaterale?*

No, poichè indipendentemente dalla disposizione che contiene siffatta proibizione, e che è correlativa all' art. 268 † 363 del tit. XII, l' art. 413 ne contiene un altra risguardante particolarmente le ripulse, e che per conseguenza corrisponde all' art. 283 † 378 dello stesso codice. (*Nimes*, 1 *giugno* 1819).

Gli altri articoli di questo titolo che regolano il procedimento delle ripulse, sono benanche, in virtù della medesima disposizione, applicabili alla materia in esame. Quindi ragionevolmente la corte di Rennes, ai 13 giugno 1814, giudicò che i motivi di ripulsa proposti dopo la deposizione del testimone non possono essere ammessi se non sono giustificati per iscritto. (*Art.* 282 † 377).]

[1486 quater. *Il testimone contro di cui si propone una ripulsa che è ammessa dai giudici, può nulladimeno essere inteso nella sua deposizione?*

Questa quistione fu già trattata nel titolo degli esami ordinari sotto al n. 1120 *ter.* Noi persistiamo nella distinzione secondo la quale il testimone ripulsato non dev' essere inteso se la materia non è soggetta all' appello, ed all' opposto dev' esserlo qualora si tratti di materia inappellabile.

Dobbiamo aggiungere però che la prima parte di questa distinzione fu benanche consacrata dalla corte di Brusselles ai 15 aprile 1816, ma che la seconda fu rigettata da un' arresto della corte suprema de' 2 luglio 1835, il quale decise che il testimone validamente ripulsato, non dev' essere inteso in materia sommaria, anche quando la causa sia appellabile, salvo al tribunale di appello di ordinare la udizione di detto testimone, qualora giudichi le ripulse mal fondate. Ma siccome questa udizione potrebbe divenire impossibile, noi non approviamo affatto l' arresto de' 2 luglio 1835.

È chiaro che la soluzione da noi data alla quistione in materia non soggetta ad appello è applicabile sol quando l'esame ha avuto luogo all'udienza. Che se, in esecuzione dell' art. 412, esso abbia avuto luogo innanzi ad un giudice delegato, bisognerebbe uniformarsi all' art. 284 † 379].

TITOLO XXV.

Della procedura innanzi ai Tribunali di commercio.

Art. 414 †. 619 *L. di com.*

[1487 bis. *Il ministero de' patrocinatori è forse benanche vietato innanzi alle corti reali che giudicano in grado di appello le cause commerciali?*

No: poichè secondo la osservazione fatta in fine delle nozioni preliminari a questo titolo, l' art. 648 del codice di commercio prescrive che gli appelli dovran giudicarsi come le materie sommarie, e secondo la procedura ordinaria degli appelli civili. Tal' è benanche l' avviso di Boitard, tom. 2, pag. 119, che fa osservare come questa soluzione e quella data alla quist. 1487, non ha nella pratica incontrata alcuna difficoltà].

Art. 417 † 622 *L. di com.*

[1492 bis. *La ordinanza del presidente del tribunal di commercio che accorda il permesso di citare a breve termine, e di sequestrare imobili e gli effetti, è forse soggetta ad opposizione o appello?*

Indubitatemente che si. Le ultime espressioni dell' art. 417 che dichiarono tali ordinanze eseguibili non ostante opposizione o appello, non lasciano alcun dubbio su questo punto.

Ma questa disposizione è evidentemente una eccezione ai veri principi, una eccezione che niuna cosa può giustificare, e che si è tentato di chiamare un errore legislativo.

Le ordinanze del presidente del tribunal di commercio destinate ad abbreviare il termine a comparire, sono forse di una natura diversa da quella che per simile scopo emana il presi-

dente del tribunal civile, in forza dell'art. 72 + 166?

No, senza dubbio. Or noi abbiamo dimostrato nella quistione 378, che queste sono inappellabili e non van soggette ad alcun gravame, ed appartengono all'esercizio di questa giurisdizione che abbiam chiamata graziosa, poichè non consiste affatto nel giudicare una controversia, ma nel concedere o rifiutare l'oggetto di una dimanda.

Qui lo stesso carattere, la stessa posizione. La facoltà di dimandare che sieno abbreviati i termini è concessa, a chi? a colui la cui causa è urgente. Che se il presidente commette un errore accordandogli l'autorizzazione da lui richiesta, non potrà forse il tribunale concedere un termine più lungo al convenuto che lo richiede? nè i suoi dritti nè la difesa saranno dunque compromessi.

Che se all'opposto la causa è realmente urgente, non è un voler compromettere i diritti dell'attore, rendere inefficace tutto il vantaggio dell'abbreviazione del termine, sottomettendo la ordinanza ottenuta a dei mezzi di ricorso che potrebbero differire la decisione della causa ad un tempo più lungo di quello che avrebbesi avuto facendo uso del termine ordinario e legale concesso dall'art. 416? Imperciocchè si supporrà certamente che, in forza dell'ultima disposizione dell'art. 517, la quale prescrive la esecuzione provisionale, possa il tribunale passare alla sentenza sul merito pria di discutersi definitivamente la opposizione o l'appello prodotti contro la ordinanza del presidente. Ed allora che cosa conchiuderebbe, se così fosse, cotesta opposizione o appello? La ordinanza è eseguita quando è notificata la citazione a breve termine, epperò la citazione soltanto può notificarsi non ostante opposizione o appello; ed il rimanente della proceduta dovrà esser sospeso. Con questa limitazione, chiaro si scorge che il procedimento indicato dall'art. 417, lungi di accelerare, siccome è suo scopo, la decision della causa, produrrà per lo più l'effetto di ritardarla.

Rispetto alle ordinanze che autorizzano il sequestro provvisorio dei mobili e degli effetti del debitore, può applicarsi lo stesso ragionamento.

Esse sono pronunziate sopra semplice dimanda della parte; nè decidono alcuna controversia, e non appartengono alla giurisdizione contenziosa. L'appello e la opposizione sono per regola generale inconciliabili con simili circostanze.

Esse sono destinate a conservare i dritti dell'attore, che possono essere compromessi da un semplice ritardo. Raggiungerebbero forse il loro scopo se il convenuto potesse farle annullare, unitamente al seguito sequestro, pria di decidersi il merito della controversia? E non verrebbesi con ciò a dare a questo convenuto il mezzo di togliere un pegno legittimo al suo avversario, allorchè la sentenza sul merito può presentargli un mezzo così agevole e sicuro per ottenere giustizia?

Locré, *Spirito del Cod. di proced.*, tom. 2, pag. 116, ci fa conoscere che alcuni tribunali di commercio, nelle loro osservazioni sull'art. 417, aveano richiesto potersi concedere la facoltà alle parti di notificare siffatte citazioni, ed eseguire il sequestro conservatorio senza autorizzazione del giudice; or essendosi trovata necessaria l'autorizzazione, questi tribunali avrebbero a maggior ragione dimandato che la ordinanza del giudice non fosse soggetta ad alcun ricorso.

Epperò non potrebbesi spiegare la richiesta del tribunato, tendente a rendere la ordinanza esecutoria non ostante opposizione o appello se non che attribuendola ad una irriflessiva preoccupazione o ad un obblio de' principî relativi alla materia in disamina.

Ma pur tuttavolta la legge esiste. Per lo che la Corte di Brusselles, ai 17 marzo 1812 (*Sirey, tom.* 14, *pag.* 369), ragionevolmente dichiarò questa ordinanza soggetta all'opposizione innanzi allo stesso presidente, allorchè fu pronunziata in contumacia, ed all'appello innanzi alla Corte reale, allorchè sarà stata pronunziata in contraddizione. La interpetrazione che indistintamente farebbe in entrambi casi soggiacere l'ordinanza sia all'opposizione, sia all'appello, sconoscerebbe i più elementari principî. Pigeau, *Comment.* t. 1, pag. 711 *e* 712, insegna che la opposizione all'ordinanza devefarsi innanzi il tribunal di commercio; il che porta una confusione nella gerarchia dei poteri giudiziari, il di cui vizio abbiam già fatto conoscere nella quistione 378.

Abbenchè dicemmo che la ordinanza accordavasi sopra semplice dimanda, non perciò bisogna conchiudere doversi adoperare in questa materia il modo usato per ottenere le ordi-

nanze dal presidente del tribunal civile: non è affatto necessaria alcuna dimanda scritta, la quale non entrerebbe neanche in tassa, ma è sufficiente una esposizione verbale.]

Art. 420 + 266 *L. di com.*

[1506 bis. *In qual modo bisogna interpetrare il primo paragrafo dell' art.* 420?

Bisogna intenderlo nel senso che tutte le regole dell' art. 59 + 151 relative alle dimande di oggetti mobili, sono applicabili, secondo i casi, alle materie commerciali.

Quindi, essendovi molti convenuti, possono tutti essere citati nel domicilio di uno di essi. (*Ved. la quist.* 1515.)

Quindi, allorchè il convenuto non ha domicilio conosciuto, può essere citato innanzi al tribunale del luogo in cui egli risiede. (*Bruss.* 29 *giugno* 1824, *Giorn. di Bruss. tom.* 2 *del* 1824, *pag.* 145.)

Quindi il domicilio eletto in un' atto di citazione può rimpiazzare il domicilio reale ed attribuire *giurisdizione*, segnatamente trattandosi di una dimanda riconvenzionale. (*Parigi* 21 *febb* 1810, *Sirey*, *tom.* 7, *pag.* 922, *e cassaz.* 9 *giugno* 1830, *Sirey*, *tom.*30, *pag.* 263.) Finalmente i casi di connessità e di pendenza di lite possono benanche dar luogo al rinvio di una causa innanzi ad un tribunale, precedentemente adito. (*Cassaz.* 19 *marzo* 1812, *Sirey*, *tom.* 12, *pag.* 247.)

Del resto il commerciante è giudicabile innanzi al tribunal del luogo in cui ha dichiarato voler stabilire il suo domicilio, ed in cui ha fissato il suo commercio, sebbene non vi dimori (*Parigi*, 27 *settembre* 1809); e quando una casa commerciale lascia il luogo in cui era il suo stabilimento, e si fissa in un' altra città, può esser citato per lo pagamento delle obbligazioni da lei contratte nella sua prima residenza, o innanzi al tribunale del suo novello domicilio, o innanzi a quello dell' antico domicilio. (*Aix*, 14 *gen.* 1825, *Sirey*, *tom.* 26, *pag.* 56.)

[1507 bis. *In qual modo determinare il luogo della promessa e quello della consegna*?

Se la convenzione fra due negozianti sia stata fatta a viva voce, o con un' atto sottoscritto da essi all' istante, non può cadere alcun dubbio sul luogo della promessa.

Ma quando la convenzione fu conchiusa mediante corrispondenza, può farsi quistione se la promessa fu fatta nel domicilio del venditore o in quello del compratore.

Gli scrittori ragionevolmente insegnano che in questo caso reputasi il luogo della promessa quello donde è datata la lettera di accettazione definitiva. (*Cassaz.* 17 *luglio* 1810; *Metz*, 22 *novemb.* 1818, 10 *marzo* 1815, 5 *feb.* 1820). Talchè se la proposta venne da parte del venditore, e sia stata dal compratore accettata, la convenzione è conchiusa nel domicilio di costui. (*Lione*, 31 *agosto* 1831) Che se all' opposto vi fu richiesta per parte del compratore, e dietro tale richiesta spedizione per parte del venditore, il domicilio del venditore costituisce il luogo della convenzione. (*Bourges*, 10 *gen.* 1823, *Sirey*, *tom.* 23, *pag.* 190, *Dalloz*, *tom.* 5, *pag.* 447, *e cassaz.* 24 *agosto* 1830, *Sirey*, *tom.* 30, *pag.* 288.)

Che se il contratto fu conchiuso per mezzo di un commesso viaggiatore, presumendosi aver costui sufficiente mandato per vendere ed obbligare la sua casa di commercio, reputasi allora fatta la promessa nel luogo in cui egli accetta le richieste. Ma sarebbe altrimenti se si provasse che questo commesso viaggiatore non avea facoltà di vendere, e che la casa che l' adoperava erasi riserbata il dritto di ratificare le sue operazioni. Questa distinzione è conservata da molte decisioni che trovansi riportate sulla quistione 1508 *bis*.

Rispetto alla consegna, se nulla fu convenuto sul luogo in cui dev' esser fatta, gli art. 1247 e 1609 + 1200 e 1455 del codice civile, fan conoscere che quando trattasi di un corpo certo, bisogna consegnarlo nel luogo in cui trovavasi all' epoca del contratto. Relativamente agli oggetti indeterminati, essi verran consegnati nel magazino del venditore o di colui che li spedisce, poichè, secondo l' art. 100 del codice di commercio, sol quando le mercanzie escono da tal luogo cominciano ad andare a rischio e pericolo del nuovo proprietario. Tal' è la dottrina insegnata da Pardessus, n. 1354, e da Favard, tom, 5, pag. 708.

Ma è chiaro che una convenzione espressa può derogare a queste regole; poichè non ci è più bisogno di presunzione quando il fatto è certo. Se dunque fu convenuto che il venditore trasportasse le mercanzie in un luogo in cui il compratore potrebbe rifiutarle qualora le trovasse danneggiate dal trasporto, dovrebbesi

considerar questo luogo come quello della consegna. (*Brusselles* , 9 *dicemb.* 1830 ; *Giorn. di Bruss. tom.* 1, *pag.* 51.)

Tutti questi principî sono del pari insegnati da Carrè, *Competenza*, art 398, n. CCXLII.]

[1508. bis. *Come si determina il luogo in cui deve effettuarsi il pagamento*?

Sovente il luogo del pagamento è stabilito da' termini della stessa convenzione , nè può allora esservi la menoma difficoltà.

Ma quando non è stabilito , bisogna distinguere se la vendita fu fatta in contante , o se ad un dato termine.

Dal confronto degli articoli 1247 e 1651 † 1200 e 1497 del codice civile risulta che , nel primo caso , il luogo del pagamento del prezzo è quello in cui si consegna la cosa , e nel secondo , è il domicilio del compratore.

Trovasi applicato il primo caso nelle decisioni della corte di Parigi , 2 maggio 1816 (*Dalloz* , *tom.* 5 , *pag.* 457 , *Sirey* , *tom.*17, *pag.* 43) , di Metz , 26 maggio 1821 , Nimes, 19 aprile 1819, Poitiers, 30 gen 1829, Rouen , 5 febb. 1834 , e Colmar , 4 febb. 1839.

La seconda parte della regola è sanzionata da un' immenso numero di decisioni. Essa applicasi segnatamente ai contratti conchiusi per mezzo dei commessi viaggiatori , poichè perfezionandosi la convenzione nel luogo in cui questi si rattrovano , e la consegna nel luogo del domicilio della casa per conto della quale essi viaggiano , queste due circostanze giammai concorrono ordinariamente insieme , in modo da attribuire la competenza ad un tribunale , secondo il paragrafo 2 dell' articolo in esame. Allora la competenza del tribunale del luogo in cui deve impiegarsi il danaro acquista maggiore importanza , e le corti universalmente ritengono che ogni qualvolta il contratto non è fatto in contante , il luogo del pagamento del prezzo è quello del domicilio del compratore. (*Toloso*, 11 *luglio* 1809 , *cassazione*, 4 *dicembre* 1011 , 14 *giugno* 1813 , *Dalloz* , *tom.* 5 , *pag.* 452 , *Sirey* , *tom.* 13 , *pag.* 335, *Aix* , 21 *agosto* 1813 , *Tolosa*, 12 *aprile* 1824, *Limoges*, 14 *marzo* 1828 , *Bordò* , 22 *aprile* 1828 , *Sirey* , *tom.* 28 , *p.*235, *e* 19 *gennaio* 1828 , *Sirey* , *tom.* 28 , *p.*336, *Bourges* , 22 *agosto* 1829 , *Poitiers* , 11 *giugno* 1829, *Sirey*, *tom.* 22 , *pag.* 259, *e Colmar* , 18 *luglio* 1831).

Che se nulladimeno il venditore provasse che il suo commesso viaggiatore non avea mandato a conchiudere il contratto, e che per conseguenza tale contratto fu perfezionato coll'essersi da lui stesso ratificato , concorrendo allora le due circostanze del contratto e della consegna nel domicilio del venditore, potrebbe costui citarci il compratore; (*Montpellier* , 21 *dicemb.* 1826 , *Sirey* , *tom.* 27 , *pag.* 213 , *Poitiers* , 11 *giugno* 1829 , *e Bordeaux* , 16 , *novemb.* 1830 , *Sirey* , *tom.* 31, *pag.* 141.); il che non toglierebbe però al compratore il dritto di far la citazione per parte sua , qualora avesse delle pretensioni a far valere , nel tribunale del suo proprio domicilio , come quello che costituisce il luogo del pagamento.

Imperciocchè , lo ripetiamo , è un principio certo che il domicilio del compratore è il luogo del pagamento , allorchè tale pagamento deve farsi ad un dato termine ; principio che non va soggetto ad alcuna eccezione anche quando siasi stipulato pagarsi la fattura nel domicilio di colui che spedisce , allorchè questa fattura e le mercanzie non vennero accettate. In fatti la sola volontà di colui che spedisce non può creare una tale condizione. (*Cassaz.* 14 *novemb.* 1821 , *Dalloz*, *tom.* 5 , *pag.* 454, *Sirey*, *tom.* 22, *pag.* 152, *Lione*, 5 *febb.* 1821, *Poitiers*, 25 *febb.* 1823 , *Lione* , 2 *dicembre* 1830 , *Toloso* , 8 *maggio* 1838 , *e cassaz.* 3 *marzo* 1831.)

Che se la *fattura* contenente la condizione del pagamento nel domicilio di colui che spedisce fosse stata espressamente accettata dal compratore , vi sarebbe uno scambievole consenso su questo punto, ed allora sarebbe competente il tribunale del luogo in cui domicilia colui che spedisce. (*Lione* , 17 *febb.* 1824 , *Dalloz* , *tom.* 5, *pag.* 412 , *Rouen* , 8 *febb.* 1828 , *Lione*, 14 *dicemb.* 1831 , 17 *gennaro* 1832 , *e* 23 *gen.* 1833.)

Le diverse regole consacrate da questa giurisprudenza sono benanche insegnate da Pardessus, n. 1354 , Favard , tom. 5, pag. 708, e da Carrè, *Competenza*, art.398, n. CCXIII.)

[1508 ter. *Il tribunale del luogo in cui deve effettuirsi il pagamento è forse soltanto competente per la dimanda di pagamento*? *Ovvero lo sarebbe benanche per la dimanda di consegna della cosa o per lo scioglimento del contratto* ?

Una sola decisione della corte di Nancy de' 7 dicembre 1824 considerò il paragrafo 3 dell' art. 420 come soltanto applicabile alle dimande di pagamento , ma la sua dottrina non

sembraci poggiare sopra alcun solido fondamento.

Questo paragrafo non istabilisce alcuna distinzione fra l'una e l'altra parte al di cui vantaggio fissa una competenza, nè fra le diverse nature di dimande. Epperò bisogna conchiudere che quelle da intentarsi dal compratore sia per ottenere la consegna della cosa, sia per far pronunziare lo scioglimento del contratto, possono benanche, al pari delle dimande di pagamento, essere intentate innanzi al tribunale del luogo ove questo deve eseguirsi. Ciò che appunto suppongono, rispetto ai casi ne'quali furono pronunziate, la maggior parte delle citate decisioni sulla precedente quistione, e ciò che precisamente ritenne la corte di Douai, 11 gennaio 1827, e quella di Parigi che, colla sua decisione de'23 aprile 1825, dichiarò potersi citare il convenuto innanzi al tribunale nella cui giurisdizione deve eseguirsi una convenzione, assimilando così l'obbligo di fare una data cosa al pagamento di cui parla il citato paragrafo 3.

Donde segue che il vetturale può esser citato e può egli stesso citare, rispetto alle difficoltà relative al trasporto, innanzi al tribunale del luogo ove dovea deporre gli oggetti trasportati. (*Aix*, 15 *novembre* 1825, *e Brusselles*, 2 *maggio* 1831; *Giorn. di Brusselles. tom.* 1, *del* 1831, *pag.* 130), ed anche innanzi al tribunale del luogo ove li ha depositati, col consenso delle parti, a causa di una imprevista circostanza che gl'impedì di trasportarli nel luogo destinato. (*Trevers*, 26 *feb.* 1810; *Sirey*, *tom.* 10, *pag.* 223).

Del pari la dimanda di restituzione di somme indebitamente pagate, o di merci erroneamente consegnate, può intentarsi innanzi al tribunale del luogo ove fu fatto il pagamento e consegnata la merce, ancorchè questa merce essendo stata dopo altrove trasportata, spettasse ad un altro tribunale, in caso di avaria, di farne la verificazione. (*Caen*, 18 *gen.* 1829; *Sirey*, *tom.* 30, *pag.* 373 *e Rennes*, 12 *marzo* 1834).]

[1508 quater. *La competenza dell'art.* 420 *può forse applicarsi a quelle dimande risultanti da atti anteriori alla promulgazione del codice di procedura civile?*

La corte di Brusselles ritenne l'affermativa a 20 gennaio 1809, fondandosi sul principio richiamato nell'art. 1041 † T. che l'esercizio delle azioni è regolato dalle leggi esistenti al l'epoca in cui esse sono intentate.

Ma Coffinières fa ragionevolmente osservare contro questa soluzione, che le leggi novelle regolano soltanto gli atti eseguiti sotto il loro impero, senza che esse debbano togliere ad un individuo il dritto da lui acquistato nel tempo della sua obbligazione di non potersi agire contro di lui se non che innanzi al tribunale del suo domicilio; e che l'art. 1401 † T. del codice di procedura che ordina d'*istruire* uniformemente alle disposizioni di questo codice tutt'i giudizi intentati sotto al suo impero, è straniero alla specie della proposta quistione, poichè non trattasi già di un modo d'istruzione, ma di un principio di esecuzione e di competenza che deve riattaccarsi al titolo della obbligazione, siccome questo stesso titolo si riattacca, per i suoi effetti, alle leggi in vigore nel tempo in cui ebbe origine tale obbligazione.]

[1508 quinquies. *Innanzi a qual tribunale deve citarsi il proprietario ed il capitano di bastimento?*

Allorchè trattasi di prestiti fatti nell'interesse del naviglio, il proprietario ed il capitano possono essere citati nel luogo dove fu fatto il prestito e dovea essere soddisfatto. (*Aix* 26 *marzo* 1825, *Bordeaux*, 4 *maggio* 1827, *e cassaz.* 14 *maggio* 1833, *Sirey*, *tom.* 33 *pag.* 355) In tal guisa applicasi l'ultimo paragrafo dell'art. 420.

Ma per controversie straniere al naviglio da lui comandato, il capitano non può essere citato che nel tribunale del suo domicilio. (*Marsiglia*, 20 *novemb.* 1835.)

Rispetto a quelle che insorgono tra il capitano ed i proprietari del naviglio, per farsi che il primo ne abbandoni il comando, esse sono di competenza del tribunale del luogo in cui il naviglio è approdato. (*Brusselles*, 16 *maggio* 1815 *Dalloz. tom.* 14, *pag.* 476.)]

Art. 421 † 627 *L. di com.*

[1514 bis. *Può un' individuo farsi rappresentare nei tribunali di commercio da un'usciere, da un' avvocato, o da un patrocinatore?*

Relativamente agli uscieri, la nuova legge su'tribunali di commercio de' 3 marzo 1840, art 4, toglie loro il diritto di rappresentare le parti innanzi a questo tribunale. Questo arti-

colo è così concepito: « all' art. 627 del codi-
» ce di commercio sarà aggiunta la seguente
» disposizione. Nelle cause intentate innanzi
» ai tribunali di commercio, niuno usciere po-
» trà assistere come consulente, nè rappresen-
» tare le parti in qualità di procuratore specia-
» le, sotto pena di un'ammenda di 25 a 50 fr.
» che sarà dal tribunale pronunziata inappel-
» labilmente, salvo le pene disciplinari con-
» tro gli uscieri contravventori. Questa dispo-
» sizione non è applicabile agli uscieri che si
» trovassero in uno dei casi previsti dall' art.
» 86 + 181 del codice di procedura.

Tranne i citati casi, qualunque persona può essere incaricata del mandato e della difesa di una parte, senza che, per esempio, la sua qualità di avvocato e di patrocinatore glielo vieti; poichè questi non sarà ascoltato in tale qualità, ma in quella di procuratore. Nè questa teoria ha mai incontrato alcuna difficoltà, ed è soltanto in linea di osservazione insegnata da Pigeau, *Comment.* tom. 1. pag. 715, e da Boitard, tom. 2. pag. 215.]

ART. 422 + 628 *L. di com.*

[1517 bis. *A qual'epoca cessa l'effetto della elezione del domicilio?*

Non appena è terminato il giudizio con una sentenza definitiva cessa la elezione del domicilio. Per lo che la corte di cassazione ai 2 marzo 1814 (*Sirey, tom.* 14, *pag.* 119; *Dalloz, tom.* 2. *pag.* 113), decise non essere validamente notificato l'atto di appello al domicilio eletto, nè in mancanza di elezione, nella cancelleria del tribunale. E non poteva cadere alcun dubbio su questo punto. Ma una più controversa quistione si è quella di conoscere se la notificazione della sentenza definitiva, che il nostro articolo autorizza a farsi in questo domicilio eletto, sia sufficiente per far decorrere il termine dell' appello. Noi l' esamineremo sull' art. 443]

[1517 ter. *Vi è bisogno di un'atto d'intimazione per chiamar le parti all' udienza?*

No: l' atto introduttivo del giudizio è sufficiente per mettere le parti in mora a comparire. In un sistema di procedura che la legge ha voluto rendere sì semplice, un' atto d'intimazione sarebbe inutile e frustraneo che non entrerebbe in tassa, e la cui nullità per conseguenza non vizierebbe la sentenza pronunziata in seguito, precisamente se si fosse limitata a pronunziare sulle conclusioni contenute nel l' atto di citazione. (*Bordeaux*, 30 *aprile* 1829).

Anche quando il tribunale rinvia la causa appellata ad un altra udienza, la intimazione a comparire non sembraci utile, restando di pieno dritto le parti coi loro procuratori avvisati per la udienza indicata. Pertanto se il rinvio non avesse avuto luogo a giorno fisso, sarebbe indispensabile la intimazione per parte di colui che volesse in seguito continuare il giudizio: sarebbe anche lo stesso, qualora fosse stata rinviata la causa nel tribunal civile per giudicare una eccezione proposta dal convenuto.]

ART. 423 + 629 *L. di com.*

[1517 quater. *Lo straniero che agisce per la convalida di un sequestro presso terzo il quale ha per oggetto un debito commerciale è forse dispensato di prestar cauzione?*

Sorge il dubbio dal perchè la dimanda per la convalida del sequestro presso terzo, quantunque abbia per oggetto un debito commerciale, deve sempre intentarsi innanzi al tribunal civile, siccome fu ritenuto nella quistione 1953.

Una decisione della corte di Bordò de'23 agosto 1829, da noi già citata nella quistione 698, ritenne la negativa; e la corte di Liege, ai 28 marzo 1835 (*Giorn. di Brus.* 1835, *tom.* 2, *pag.* 349), pronunziò il medesimo avviso.

A noi però sembra da preferirsi la opinione contraria.

Primamente distinguiamo il caso in cui, essendo stato il debito commerciale riconosciuto con sentenza del tribunal di commercio, trovasi fondato sopra un titolo esecutivo, dal caso in cui un tal debito è sfornito di questa garentia.

Nel primo caso non è quistione, poichè nel n. 698 decidemmo che lo straniero possessore di un titolo esecutivo non era mai obbligato di prestar cauzione per ottenerne la esecuzione.

Nel secondo, non potendo accogliersi la dimanda per la convalida se non quando siasi precedentemente ottenuta una condanna, lo straniero attore sarà obbligato d' introdurre nel tempo stesso due giudizi, l'uno innanzi al tribunal di commercio, per la condanna, l'al-

tro innanzi al tribunal civile per la convalida.

Il primo sarà evidentemente dispensato dalla cauzione, in forza dell'articolo in esame, e perchè dunque non lo sarebbe ancora il secondo, il quale non è che l'accessorio del primo che ha il medesimo scopo, e si poggia sugli stessi motivi?

All'indarno si oppone che la dimanda per la convalida di un sequestro, dovendo esser giudicata da' tribunali civili, è di sua natura essenzialmente civile.

Noi risponderemo che la connessità con la dimanda per lo pagamento la fa partecipare del carattere commerciale di questa; che bisogna in tal materia consultare la natura del debito, per entrare nello spirito della legge, e non già la natura della giurisdizione competente a pronunziare.

Infatti l'ultima disposizione dell'art. 423 ci avverte che la dispensa si estende benanche al caso in cui la dimanda è intentata avanti un tribunal civile, ne' luoghi in cui non vi ha tribunal di commercio. La corte di Metz, a' 26 marzo 1831, ritenne che quando il merito di un giudizio è commerciale, ma che in seguito di una eccezione del convenuto, come sarebbe la denegazione di una scrittura, le parti sieno rinviate dal tribunal di commercio innanzi ai giudici civili, per la sentenza sull' incidente, lo straniero attore non è mai obbligato di prestar la cauzione *judicatum solvi*, per le spese dell' incidente. Questa decisione è giusta; ed è fondata sul motivo che l'incidente, quantunque soggetto alla giurisdizione del tribunal civile, non è meno dipendente dalla causa commerciale, per la di cui sentenza esso deve prestare uno degli elementi.

E bene! il giudizio per la convalida non è forse in simil guisa dipendente dalla causa commerciale, in quanto che ha la stessa origine, tende allo stesso risultamento, e che finalmente esso viene a completarla?

Dietro tali riflessioni sembraci che la proposta quistione debba essere risoluta per l'affermativa.]

ART. 424 + 630 *L. di com.*

[1519 bis *Producendo innanzi ad un tribunal di commercio una dimanda d' iscrizione in falso, o proponendo qualunque altra eccezione che può soltanto decidersi da un tribunal civile, il convenuto perde forse il dritto di proporre la incompetenza* RATIONE PERSONAE, *sul merito della causa?*

Potrebbe risultare la negativa dal motivo che non essendo l' incidente elevato da siffatta eccezione della competenza del tribunal di commercio, e necessitando la rimessione immediata, quantunque parziale della causa, si suppone non essersi proposto alcun mezzo di difesa innanzi a questo tribunale, non essendo ancora impegnata alcuna discussione, ed avendo il tribunal civile conosciuto soltanto fino alla sentenza sulla eccezione. In tal caso la parte, si potrebbe soggiungere, è ancora ammessa ad opporre la eccezione declinatoria.

Ma questo ragionamento non ha alcuna forza; poichè quantunque necessariamente decisa dal tribunal civile, la eccezione non fu meno presentata innanzi al tribunal di commercio. È questa una difesa inerente alla causa che vi è pendente, poichè ha ritardato la pronunziazione della sentenza; e pertanto ciò non costituiva una controversia di competenza sul merito, ma piuttosto una ricognizione, poichè sarebbesi dimandato soltanto la rimessione dell' incidente

Per lo che la corte di Parigi dichiarò in tali casi inammessibile la eccezione d' incompetenza, colla sua decisione dei 28 febb. 1812 (*Sirey*, *tom* 14, *pag*. 350; *Dalloz*, *tom*. 14, *pag*. 245.)]

ART. 425 + 631 *L. di com.*

[1520 bis. *Risulta forse dalla disposizione dell' art.* 425 *che i tribunali di commercio possano riunire la declinatoria al merito, val dire cumulare i motivi d' istruzione sull' una e sull' altro?*

No: perchè prima di tutto fa duopo che sia riconosciuta la loro competenza, val dire, la loro facoltà di giudicare il merito, perchè possano occuparsi dei mezzi d' istruzione ad esso relativi. Che se i tribunali di commercio ordinano che questi mezzi verseranno nel tempo stesso sulla declinatoria e sul merito, essi giudicano anticipatamente sulla declinatoria, ed agiscono come se fusse già riconosciuta la loro competenza, commettendo così un riprovevole eccesso di potere. (*Cassaz.* 10 *luglio* 1837.)

La stessa dottrina risulta da due decisioni del-

la corte da Parigi, una dei 14 settembre 1825, l'altra dei 26 genn. 1839, le quali ritennero che i tribunali di commercio, la cui competenza è impugnata, possono rimettere le parti innanzi agli arbitri, per essere giudicate nel tempo stesso sulla declinatoria e sul merito.

Però, se la sentenza sulla competenza è subordinata all'esame de'documenti della causa, i giudici possono pronunziarvi, poichè, in tal guisa agendo, essi non giudicano sul merito, come fu ritenuto dalla corte di Nancy a' 5 luglio 1837; ma cadrebbero in tale abuso rendendo, con una sentenza preparatoria o interlocutoria, questo esame comune ai due punti della causa.]

[1520 ter. *L' appello prodotto contro una sentenza che rigetta la declinatoria impedisce forse di andare oltre alla sentenza sul merito?*

Fondandosi sulla facoltà accordata dall'art. 425 ai tribunali di commercio, di pronunziare colla stessa sentenza sulla declinatoria e sul merito, le Corti di Aix, decisioni de' 26 luglio 1824 e 7 dicembre 1827, e di Rouen, decisione de' 13 agosto 1819, han ritenuto che l'appello non era sospensivo.

Questa conchiusione però non sembraci logica.

Appena pronunziata la sentenza interlocutoria, si presume, fintantocchè non è prodotto appello, di essersi ben pronunziata, e che non verrà affatto impugnata. Ecco perchè le parti possono eseguirla appena spirato il termine di otto giorni; ecco perchè i giudici possono farla immediatamente eseguire, allorchè trattasi di un mezzo d' istruzione, siccome sta detto nella nota alla quist. 735.

Ecco perchè finalmente l' articolo in esame autorizza a far seguire immediatamente la disposizione che rigetta la declinatoria, da quella che giudica sul merito.

Ma tuttocciò suppone, a nostro avviso, che la sentenza interlocutoria non sia impugnata, che non sia svanita la presunzione di essersi ben giudicato, e che in una parola, il punto deciso non sia rimesso in quistione innanzi ai giudici superiori da una delle parti.

Che se accade l' opposto; se, essendo decorso qualche tempo dopo pronunziata la sentenza sulla competenza, la parte condannata ne ha profittato per appellare, essa ha ligato le mani ai primi giudici, i quali in tal caso non possono più andar oltre.]

Art. 426 † 632 *L. di com.*

[1524 bis. *Quando vi ha luogo a riassunzione d' istanza ed in qual modo deve farsi?*

Innanzi ai Tribunali civili, non vi ha più luogo a riassunzione d'istanza appena son cominciate le aringhe, poichè le parti avendo innanzi a questi tribunali i loro rappresentanti legali, costoro, che sono forniti di documenti, possono e debbono anche continuare e terminare l'aringa, talchè la sentenza non soffra alcun ritardo.

Ma innanzi ai tribunali di commercio, la parte si difende da se stessa e per mezzo di un procuratore speciale, e siccome il mandato termina colla morte del mandante, così la morte della parte deve interrompere il procedimento in qualunque stato si trovi, non essendovi allora alcuno che abbia qualità per proseguirlo.

Pertanto se le aringhe fossero terminate, e la causa fosse stata messa a rapporto, completato adunque il giro delle aringhe, noi crediamo che nulla vieterebbe ai giudici di pronunziare. La riassunzione non può aver luogo con atto di patrocinatore, poichè presso questa giurisdizione non vi ha ministero di patrocinatore; e quindi dovrà adoperarsi un atto di parte.

Tutte queste soluzioni, che noi approviamo, furon date da Pigeau, Comment. tom. 1, pag. 718 e 719.

Ai 7 termidoro, anno XII. (*Sirey*, *tom.*4, *pag.* 496; *Dalloz*, *tom.* 5, *pag.* 348 *e* 410), la Corte di Poitiers giudicò che gli eredi di un negoziante, morto prima di terminare una istanza commerciale, possono innanzi al tribunal di commercio riassumere la detta istanza, quantunque il loro autore fusse attore ed avesse luogo il giudizio contro individui divenuti coeredi. Questa decisione fu pronunziata prima della pubblicazione de' nostri novelli codici; ma non vi ha in essi alcuna disposizione per effetto della quale si dovesse oggidì stabilire una diversa opinione.

Art. 428 † 634 *L. di com.*

[1531 bis. *I tribunali di commercio hanno forse un potere discrizionale per ordinare le misure d'istruzione che lor sembrano utili?*

Che sì, e per conseguenza essi possono or-

dinare l' interrogatorio sopra fatti e loro circostanze (*Rouen*, 18 *marzo* 1829 , *e Nimes*, 4 *maggio* 1829; *Sirey*, *tom*. 30 , *pag*. 368), ammettere , nella causa di una lettera di cambio , il giuramento suppletorio , la prova testimoniale (*Cassaz*. 2 *giugno* 1810); determinarsi , inseguito di presunzioni gravi , precise e concordanti , sulla realtà di essersi fornita una somma per parte di colui che ne reclama l'ammontare (*Rennes*, 10 *giugno* 1814); e prescrivere , o rifiutare la presentazione dei libri e giornali di commercio (*Colmar* , 25 *maggio* 1808 ; *Dalloz* , *tom*. 12 , *pag*. 295 ; *Sirey* , *tom*. 8 , *pag*. 334, *Rennes*, 7 *maggio* 1816 ; *Dalloz* , *tom*. 20 , *pag*. 501 ; *Bordò* , 9 *aprile* 1826 ; *e Cassazione*, 10 *dicembre* 1828 , *Sirey* , *tom*. 30 , *pag*. 112), presentazione la quale deve aver luogo dopo essere state anticipate le spese da colui che l'ha reclamata. (*Rennes* 8 *febb*. 1813). Finalmente , se non vi hanno alcun dubbio , possono ammettere o rigettare , secondochè lo credano conveniente , la pruova testimoniale. (*Rennes*, 3 *dicembre* 1819, *Vedi qui appresso la quistione* 1539 ter.)]

ART. 429 + 635 *L. di com.*

[1538 bis. *Potrebbe forse un tribunale di commercio nominare gli arbitri ne' casi diversi da quelli indicati nell' art*. 429 ?

Noi non crediamo che questo articolo sia limitativo ; poichè i motivi di celerità e di speranza di conciliazione sopra cui è fondato, si estendono a qualunque altra specie di cause diverse da quelle particolarmente indicate. Questa soluzione non produce alcuna difficoltà nella pratica; ed i tribunali di commercio , quasi in tutte le cause , si avvalgono della facoltà concessa loro dall'art. 429, ciò è uniforme all'avviso di Carrè , *Competenza* , *quistione* 371.

Vi ha però delle operazioni sì esclusivamente annesse alle attribuzioni de' magistrati, che costoro non potrebbero spogliarsene per affidarle a de' particolari. Per esempio , crediamo che i tribunali di commercio non potrebbero delegare questi arbitri per ascoltare i testimoni , poichè , affermò la Corte di Tolosa , nella sua decisione de' 16 luglio 1827 (*Sirey*, *tom*. 28 *pag*. 198) , sarebbe lo stesso di togliere alle parti assenti tutte le garentie che loro presentano le formalità prescritte dalla legge, e dall'autorità del giudice. D'altronde le espressioni dell' art. 429 non suppongono altra facoltà negli arbitri se non quella di sentire le parti e conciliarle , se è possibile , altrimenti emettere il loro semplice avviso.]

ART. 431 + 637 *L. di com.*

[1539 bis. *E' necessario che l' avviso degli arbitri sia sottoscritto da ciascuno di essi?*

Questo modo di procedere sarebbe più regolare ; ma può darsi che la minoranza degli arbitri rifiuti di sottoscrivere , sia perchè il suo avviso non venne adottato , sia per qualche altra ragione. Che se in un caso simile l' art. 1010 + 1806 del cod. di proc. autorizza a supplire la sottoscrizione della minoranza, facendo menzione del rifiuto della maggioranza , allorchè si tratta di un atto così importante come quello di una sentenza arbitramentale , a maggior ragione sarebbe validamente praticato il medesimo espediente per un semplice avviso, come quello di cui fan parola gli art. 429 e seguenti. (*Brusselles*, 22 *dicembre* 1825; *Giorn. di Bruss. tom*. 1 *del* 1826 ; *pag*. 81).]

ART. 433 + 641 *e* 642 *L. di com.*

[1539 ter. *In materia commerciale , è forse ammissibile la prova testimoniale ne' casi soltanto e secondo le regole prescritte per le materie civili ?*

In materia commerciale non è prescritto alcun limite ai giudici per ammettere la pruova testimoniale ; essi possono indistintamente ammetterla contra ed oltre il contenuto negli atti e per somme eccedenti 150 franchi.

Nelle cause che si rapidamente si succedono, come le negoziazioni commerciali , non si ha sempre il tempo necessario a prendere utili precauzioni per comprovare le obbligazioni assunte; epperò dovea la legge mostrarsi più indulgente su' mezzi di pruova.

Pothier dettava già nell' antico dritto questa teoria , ritenuta oggidì da tutti gli scrittori , e che noi troviamo sanzionata dalle decisioni delle corti di Aix, 21 maggio 1811, Bordò , 15 marzo 1825 (*Sirey* , *tom*. 25 , *pag*. 289) , Liege , 22 gennaio 1830 (*Giorn. di Bruss. tom*. 2, *del* 1830 , *pag*. 138) , e della corte di cassazione , 19 giugno 1810 (*Sirey* *tom*. 10 , *pag*. 318), 11 dicembre 1813 , 14

dicembre 1827, 1 luglio 1824, 24 marzo 1825 (*Sirey, tom.* 25, *pag.* 432), 10 e 14 giugno 1835. (*Vedi benanche le decisioni citate sulla quistione* 1531 bis.)

Ma la Corte di Parigi decise non essere applicabili siffatti principî, allorchè trattasi di stabilire un fatto dal quale deve risultare la competenza del tribunal di commercio, contestata fra le parti.

Per giustificare questa decisione, può dirsi che la pruova testimoniale non è ammessa illimitatamente e fuori le regole del dritto civile, se non che nelle materie le quali sono della competenza de' tribunali di commercio; e quindi non può essere ammessa, finchè non sia stata determinata siffatta competenza. Ammettere la pruova in questa circostanza non sarebbe forse lo stesso, per parte del tribunale, di far dipendere la sua giurisdizione da una istruzione spesso ingannatrice? E la competenza di un giudice, potrebbe aggiungersi, non può risultare da un esame, poichè si riattacca all' ordine pubblico.

A noi però sembra malamente pronunziata la decisione della Corte di Parigi. Il tribunal di commercio non traripa affatto i limiti della sua competenza, allorchè valuta questa stessa competenza; e quindi anche per questa quistione può avvalersi di tutt' i mezzi d' istruzione a lui concessi dalla legge.

D' altronde, o esso ritiene la causa o non la ritiene. Se non la ritiene, non si avrà dritto a dolersi di essersi applicati ad una causa civile mezzi d' istruzione commerciale, poichè questa causa non sarà stata decisa. Che se la ritiene, esso non avrà ecceduto i suoi poteri, poichè avrà fatto uso della pruova testimoniale a solo oggetto di giungere alla decisione di una causa che avrà riconosciuta di sua competenza.]

ART 436 + 645 *L. di com.*

[1544 bis. *Il termine di opposizione alla sentenza che dichiara il fallimento può forse decorrere senza che la detta sentenza sia stata notificata?*

Il dubbio nasce dal perchè l' art. 457 dell' antico codice di commercio, sostituito dall' art. 580 del nuovo, fa decorrere un tal termine, sia rispetto al fallito, sia rispetto ai creditori, dal giorno dall' affisso prescritto. Quindi da ciò si conchiude non essere la notificazione necessaria.

Ma contro questa opinione si potrebbero forse far valere i principî fissati nella quistione 1569, per istabilire che la notificazione di una sentenza è di dritto naturale, indispensabile, sia per pervenire alla sua esecuzione, sia per acquistare una decadenza; e che nelle disposizioni legislative bisogna distinguere quelle che hanno soltanto per iscopo di fissare il punto d'onde il tempo comincia a decorrere, da quelle che determinano le condizioni essenziali perchè questo termine possa decorrere. Or, direbbesi, la disposizione dell' art. 380 appartiene alla prima specie; e si può conchiudere ch' essa abroghi la necessità della notificazione.

Ma noi crediamo che questi principî non debbano in questo luogo ricevere la loro applicazione, essendo state dalla legge, in materia di fallimento, indicate delle forme particolari ed eccezionali. Nè è poi sorprendente ch' essa abbia voluto sostituire un affisso alla notificazione, mezzo certamente molto meno capace di far giungere la sentenza a conoscenza delle parti; ma che però in molti casi è il solo praticabile; non potendosi dirigere una notificazione speciale a ciascuno de' creditori, che spesso non sono conosciuti.

Per la qual cosa crediamo, colla Corte di cassazione, 15 dicembre 1830, ma in opposizione ad una decisione della Corte di Riom de' 4 luglio 1809 (*Sirey, tom.* 11, *pag.* 125), che l' art. 580 del codice di commercio ha voluto nel tempo stesso determinare sì il punto donde comincia a decorrere il termine, che la sola condizione necessaria perchè possa decorrere; e per conseguenza ha voluto sopprimere la formalità della notificazione.

Tal' è benanche l' opinione di Pardessus, n. 11, e di Boulay-Paty, n. 53.]

[1545 bis. *Può forse notificarsi la opposizione sia nel domicilio reale, che nel domicilio eletto?*

Può nascere il dubbio da queste espressioni dell' art. 437 del cod. di proc.: « Essa (l'opposizione) sarà notificata nel domicilio eletto. » Una disposizione siffattamente imperativa sembrerebbe negar qualunque facoltà di notificar la opposizione nel domicilio reale; d' altronde l'art. 435 obbligando quello che notifica la sentenza ad eleggere il domicilio per ricevere tutte le notificazioni che vi saran fatte, può accadere

essersi prese tali precauzioni perchè queste notificazioni sieno fatte subito dopo di essersi ricevute, e che non si sieno prese le stesse precauzioni rispetto al domicilio reale. Pertanto, noi crediamo, con Poncet, n. 205, che la opposizione fatta nel domicilio reale non sarebbe nulla, poichè l' art. 437 non prescrive affatto a pena di nullità la notificazione esclusiva nel domicilio eletto.

Thomines, n. 480, è dello stesso avviso; ma fa ragionevolmente riflettere che una tale opposizione, quantunque per se stessa valida, non arresterebbe la esecuzione, laddove non fosse dichiarata ne' processi verbali, potendo l' usciere ignorarne la esistenza.]

[1546 bis. *La opposizione dichiarata sul processo verbale dell' usciere dee essere reiterata ne' tre giorni o soltanto fra il termine di otto giorni? Qual' è l' effetto della mancanza di reiterazione?*

Noi già il dicemmo al n. CCCXII, e sulla quistione 1546, che la disposizione dell' art. 438 non ha avuto mai per iscopo di stabilire un termine di opposizione diverso da quello stabilito dall' art. 436, ma d' indicare soltanto un modo più facile.

L' art. 643 del codice di commercio, dichiarando essere gli art. 156, 158 e 159 applicabili alle sentenze pronunziate dai tribunali di commercio, non ha cangiato che il termine di opposizione alle sentenze contumaciali di patrocinatore, termine che dopo ha dovuto estendersi fino al primo atto di esecuzione: ma siccome non si è riportato neppure all' art. 162 † 256 che accorda otto giorni di tempo per rinnovare la opposizione fatta su' processi verbali, bisogna conchiuderne di aver lasciato sussistere, anche rispetto alle sentenze contumaciali di parte, la regola dell' art. 438, e che, in una parola, la opposizione fatta sul processo verbale cessa di produrre i suoi effetti, se non è reiterata nel termine di tre giorni, sia ch' essa provvenga da una parte ch' era comparsa, sia che si tratti di quella che non erasi affatto presentata.

E ciò dovea essere, per la ragione che in materia commerciale la celerità costituisce un principio di dritto; e noi già facemmo osservare che la esecuzione della sentenza è soltanto sospesa per lo spazio di un giorno nell' attendere la opposizione (art. 435), e non era necessario che l' annunzio di una opposizione da farsi la sospendesse durante il termine di otto giorni: tutto qui deve procedere celeramente. D' altronde la parte condannata non ignora più la sentenza, poichè essa si è personalmente opposta alla sua esecuzione.

Thomines, n. 480, professa tale dottrina, consacrata benanche dalla giurisprudenza con le decisioni delle corti di Nimes; 9 ag. 1819, (*Sirey*, *tom.* 20, *pag.* 263; *Dalloz*, *tom.* 18, *pag.* 400), Lione, 28 febb. 1825, 30 novemb. 1830, e Parigi, 24 agosto 1831 (*Sirey*, *tom.* 32, *pag.* 300); che anzi nella specie giudicata dalla corte di Nimes, trattavasi anche di opposizione ad una decisione in materia commerciale.

Ma qual' è l' effetto della mancanza di reiterazione nei tre giorni? Rende forse il contumace inammissibile a produrre una novella opposizione? Che no; ma ne conseguita soltanto che la esecuzione, interrotta dalla dichiarazione fatta sul processo verbale, può legittimamente riprendere il suo corso.

Ma la opposizione sarà ancora ammissibile, sia che venga prodotta con atto di citazione nel caso di contumacia per mancanza di patrocinatore, non essendo ancora decorso il termine di otto giorni, sia che si produca in appresso sopra un nuovo processo verbale, nel caso di una contumacia di parte, non essendo ancora cominciata la esecuzione. (*Rennes*, 10 *gen.* 1816; *Dalloz*, *tom.* 16, *pag.* 395, *e* 6 *genn.* 1830; *Metz*, 8 *maggio* 1821; *Dalloz*. *tom.* 18, *pag.* 499).

Del resto questa quistione molto controversa si presenta ancora in materia civile, e noi l' abbiamo trattata nei n. 681, 682, 692 *bis*.]

[1546 ter. *Ma se dopo la opposizione sul processo verbale si fosse fatto un' atto di esecuzione, il condannato che si trovasse ancora nel termine potrebbe forse produrre un' altra opposizione con atto di citazione?*

Ai 5 ottobre 1815 (*Dalloz*, *t.* 18, *p.* 338) la corte di Parigi ritenne l' affermativa, sotto pretesto che l' art. 158 † 352 non tende affatto a restringere, ma all' opposto tende ad ampliare il termine prescritto dall' art. 436; donde seguirebbe non doversi interpetrare il primo letteralmente, e quindi considerar l' atto di esecuzione come il compimento del termine sol quando sia fatto dopo spirati gli otto giorni, senza togliere anticipatamente il beneficio di questi otto giorni, allorchè ha luogo nel tempo della sua durata.

Noi però non possiamo adottare questo sistema, parendoci inammissibile una opposizione dopo un'atto di esecuzione. Noi l'abbiam già detto con Carrè, nel n. 662, tom. 1, pag. 397, a proposito di un'analoga quistione, alla quale rimandiamo i nostri lettori.

[1546 quater. *Le sentenze contumaciali che dichiarano un fallimento sono forse regolate benanche dagli art.* 156, 158, 159?

Risulta l'affermativa da due decisioni, una della corte di cassazione dei 21 febb. 1834 (*Sirey, tom.* 35, *pag.* 222), l'altra dalla Corte di Parigi de'6 dicemb. 1838, che dichiararono tali sentenze perente per mancanza di esecuzione fra' sei mesi. Essendo preciso l'art. 643 e non prescrivendo la legge alcuna eccezione, noi difficilmente possiamo concepire come abbia potuto adottarsi la soluzione contraria, con decisione della corte di Metz de' 30 marzo 1833 riferita dal compilatore del *Giornale del foro* nelle sue annotazioni, all' arresto della corte suprema].

[1546 quinquies. *Le sentenze contumaciali di parte pronunziate prima della promulgazione del Codice di commercio, van forse soggette alla perenzione per mancanza di esecuzione nei sei mesi susseculivi a tale promulgazione?*

Che no: la legge non può avere effetto retroattivo, e verrebbe ad averlo qualora si volesse togliere alle sentenze già pronunziate il carattere di cosa irrevocabilmente giudicata acquistata prima della sua promulgazione. In tal guisa decisero le corti di Bordeaux, ai 26 gennajo 1811 (*Sirey, tom.* 11, *pag.* 63; *Dalloz, tom.* 18, *pag.* 419), di Torino, 19 marzo 1811 (*Dalloz, tom.* 18, *pag.* 418), e della Corte di cassazione ai 3 agosto 1815. Per la stessa ragione la corte di Metz dichiarò a' 21 giugno 1822, non suscettibili della perenzione di sei mesi, le sentenze emanate dai tribunali civili prima della promulgazione del codice di procedura.

Per lo che non cadendovi alcun dubbio, siccome fu deciso dalla Corte di Parigi, ai 10 marzo 1812 (*Dalloz, tom.* 18, *pag.* 418), essere le sentenze de' tribunali di commercio, uniformemente all' art. 643, soggette alle disposizioni degli art. 156, 158 159, ciò deve intendersi nulladimeno di quelle soltanto le quali furono pronunziate dopo il primo gennaio 1808].

ART. 439 + 648 *e* 650 *L. di com.*

[1548 bis. *Che cosa s'intende per titolo non impugnato? Il titolo autentico impugnato porta seco la esecuzione provvisoria senza cauzione?*

S'intende per titolo non impugnato quello di cui non si contrasta nè la sostanza nè la forma, talchè, sulla dimanda di cui è il fondamento, o non si risponde, o limitasi ad opporre de'mezzi d'inammissibilità che non risguardano affatto la esistenza originaria del titolo, siccome il pagamento, la prescrizione ec.

Ma se si arguisce difettosa la obbligazione, per esempio, se si pretende essere usuraria, nulladimeno il tribunale il quale non si arresta a questa eccezione, non può ordinare la esecuzione provvisoria senza cauzione delle condanne da lui pronunziate.

Pertanto è chiaro che tali incidenti per produrre l'effetto che loro attribuir vogliamo, debbono essere stati proposti durante il giudizio innanzi al tribunal di commercio; poichè dedotti dopo la sentenza e l'appello, non arresterebbero affatto la esecuzione provvisionale senza cauzione ordinata da detta sentenza. (*Parigi,* 30 *agosto* 1810; *Dalloz, tom.* 16, *pag.* 14, *Sirey, tom.* 14, *pag.* 319, *e* 13 *novemb.* 1825, *Sirey, tom.* 26, *pag.* 282. — *Vedi sotto l' art.* 460, *la quistione* 1668).

Quantunque la redazione dell' art. 439 sembra supporre che lo stesso titolo autentico, allorchè è impugnato, dev'essere messo sulla medesima linea del titolo privato, noi crediamo, con Pigeau, Comment. t. 1, pag. 731, doversi spiegare questa disposizione con quella dell'art. 1319 + 1273 del cod. civile, e che per conseguenza i tribunali sotto niun pretesto possono sospendere la esecuzione di un titolo autentico, ovvero apporvi condizioni fuori de'casi da questo articolo previsti. (*Vedi lo sviluppamento della nostra opinione, quistione* 577).]

[1549 bis *Le sentenze contumaciali dei tribunali di commercio possono contenere la loro esecuzione provvisionale non ostante opposizione?*

L'affermativa ritenuta da Pigeau, Commen. t. 1, p. 731 e 733, risulta ancora da due decisioni, una della Corte di Douai, 11 gennaio 1813 (*Dalloz, tom.* 18, *pag.* 4317) l'altra della corte di cassazione, 9 febb. 1813 (*Sirey, tom.* 13, *pag.* 428; *Dalloz, tom.* 18,

pag. 329). All'opposto due decisioni della Corte di Torino, del 1 febb. e 14 settembre 1813 ritengono la negativa. (*Dalloz*, *tom.* 18, *pag.* 438; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 132).

Carrè, citando queste due ultime decisioni, le accompagnava colla nota seguente.

Nota. « queste decisioni sono poggiate sul motivo che l'art. 643 del codice di commercio, non ha affatto dichiarato applicabile alle sentenze dei tribunali di commercio la disposizione dell'art. 155, limitandosi a prescrivere la esecuzione degli art. 156, 158 e 159; ma noi non crediamo esser questa una ragion sufficiente per seguire siffatta opinione, attesochè, siccome dicemmo nel n. 78 relativamente ai giudici di pace, la opposizione è sempre sospensiva, laddove non vi sia una formale eccezione. Or da una parte la legge nell'art. 439 non fece alcuna eccezione, e dall'altra, se l'art. 643 del codice di commercio prescrisse l'applicazione degli art. 156, 158, e 159, si fu per togliere le difficoltà che avea fatto nascere la disposizione degli art. 436 e 438, rispetto alle sentenze commerciali. »

Noi adottiamo questa nota di Carrè, quantunque parci espressa la sua opinione in un modo insufficiente.

In quanto a noi, osserviamo con Thomines, n. 481, che l'art. 438 dichiara indefinitamente e senz'alcuna distinzione che l'opposizione arresterà l'esecuzione; che secondo l'art. 439 le sentenze de' tribunali di commercio si eseguono non ostante appello; che la opposizione non può essere di lunga durata, potendosi il giorno appresso ritornare all'udienza, dal che noi ne conchiudiamo che i tribunali di commercio non possono pronunziare le loro sentenze contumaciali colla clausola di eseguirsi non ostante opposizione.]

Art. 440 ✝ 651 *L. di com.*

[1550 bis. ***Colui che ha ottenuto la esecuzione provvisoria a condizione di dar cauzione, deve forse somministrare la della cauzione per eseguire anche prima che sia prodotto appello?***

No, poichè qualunque sentenza contro la quale non fu prodotto appello può eseguirsi di pieno dritto e senza cauzione; per regola generale soltanto l'appello è sospensivo: ed a questa regola appunto fanno eccezione le disposizioni legislative risguardanti la esecuzione provvisoria. Epperò sol quando esiste l'appello comincia a sorgere, nella supposta specie, l'obbligo di prestar cauzione per poter procedere all'esecuzione.

Ciò è evidente; ed è ancora l'oggetto di una semplice osservazione per parte di Pigeau, Comment. tom. 1, pag. 732, e di Carrè n. 1824.]

[1550 ter. ***E' necessario forse, sotto pena di nullità, che la parte condannata sia chiamata a discutere la cauzione.***

Una cauzione il cui valore non avesse potuto essere discusso non adempirebbe certamente al voto della legge; e quindi sarebbe nulla la esecuzione che avesse avuto luogo dopo di essersi presentata la detta cauzione. (*Parigi*, 20 *ottobre* 1813; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 129, *Dalloz*, *tom.* 6, *pag.* 426, *e tom.* 14 *pag.* 27.)]

Art. 442 ✝ 653 *L. di com.*

[1551 bis. ***In qual senso e secondo quali limiti bisogna intendere la disposizione dell'art. 442?***

Questo articolo è una conseguenza naturale de' limiti prescritti dalla legge alle attribuzioni giurisdizionali de' tribunali di commercio. Essi non possono giudicare, abbiam detto sovente, se non che le cause commerciali; tutte le controversie che dan luogo a quistione di dritto civile escono dalla loro competenza.

Tali sono le quistioni di procedura che può far nascere la esecuzione che per mezzo di arresto ha luogo sulla persona o su' beni del debitore: è chiaro che la soluzione appartiene ai tribunali civili. Per lo che il divieto contenuto nell'art. 442 si riferisce a questo genere di esecuzione. Non potranno dunque i tribunali di commercio conoscere affatto delle irregolarità di cui si volesse arguire un precetto, un processo verbale di sequestro, o delle nullità nascenti dal luogo, dall'ora dell'esecuzione, dall'eccesso di potere dell'uffiziale ministeriale, dal sequestro di oggetti insequestrabili ec. Queste non sono certamente quistioni commerciali; e decidendole, il tribunal di commercio uscirebbe dalla sfera delle sue attribuzioni.

Ma se la esecuzione della sentenza commerciale ha luogo in seguito d'istanza, val dire per ottenere o completare la sentenza diffinitiva, essa appartiene al tribunal di commercio,

poichè trattasi allora di decidere la causa commerciale, il che è di loro esclusiva competenza.

Per lo che se si tratti di eseguire una sentenza preparatoria o interlocutoria (*Parigi*, 18 *dicembre* 1812; *Sirey*, *tom.* 13, *pag.* 287; *Dalloz*, *tom.* 5, *pag.* 421); o di liquidare de' danni ed interessi de' quali fu pronunziata la condanna (*Douai*, 20 *agosto* 1827; *Sirey*, *tom.* 28, *pag.* 167); d' interpetrare una sentenza le cui disposizioni non fossero sufficientemente chiare (*Caen*, 17 *maggio* 1826); o di valutare il merito degli atti di amministrazione fatti da' sindaci provvisorî di un fallimento (*Firenze*, 13 *marzo*, 1811; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 336; *Dalloz*, *tom.* 5, *pag.* 403); o di pronunziare sulla dimanda di un creditore che si oppone ad una sentenza la quale dichiara il fallimento del debitore, allorchè tende ad ottenere una sospensione della esecuzione (*Brusselles*, 14 *aprile* 1820; *Giorn. di Bruss. tom.* 2, *pag.* 24); in tutti questi casi il tribunal di commercio sarà competente, poichè trattasi benanche del merito della causa, e non vi ha per conseguenza nelle quistioni da risolversi nulla che non sia commerciale.

Queste osservazioni fan conoscere che l'art. 442 non è affatto una disposizione eccezionale, unicamente relativa ai tribunali di commercio, ma piuttosto un' applicazione particolare fatta ad essi, seguendo il principio generale secondo il quale tutt' i tribunali debbono strettamente circoscriversi ne' limiti della loro giurisdizione. Infatti gli stessi tribunali civili non conoscono della esecuzione delle loro sentenze, allorchè questa esecuzione presenta quistioni commerciali da decidersi. Così per esempio, allorchè pronunziarono sull' incidente di falso o di verificazione di scritture, sulla quistione di stato, ch' era stata loro rinviata dal tribunal di commercio, essi non possono applicare alla causa commerciale la loro decisione incidente, ma le parti ritornano a tale oggetto innanzi ai tribunali di commercio.

Epperò, secondo noi, la stessa norma deve regolare la competenza di tutt' i tribunali rispetto alla esecuzione delle loro sentenze.

Le quistioni elevate da siffatta esecuzione rientrano forse o pur no nelle attribuzioni del tribunale che ha pronunziata la sentenza? Nel primo caso, esso ne conoscerà; nel secondo, non dovrà conoscerne.

In conseguenza di questo principio, il tribunal di commercio non può conoscere di una controversia relativa alla esecuzione di una sentenza da lui pronunziata, allorchè questa controversia non derivi dalla oscurità de' termini della sentenza, ma dal fatto con cui si pretende averla eseguita (*Firenze*, 29 *gennaio* 1811, *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 363, *Dalloz*, *tom.* 5, *pag.* 421.);

Nè dalla validità di offerte reali e di consegne fatte in forza della sua sentenza (*Parigi*, 21 *agosto* 1810; *Sirey*; *tom.* 14, *pag.* 239, *Dalloz*, *tom.* 5, *pag.* 422);

Nè può procedere alla vendita de' beni delle parti condannate commercialmente (*Cassaz.* 24 *nov.* 1825; *Sirey*, *tom.* 26, *pag.* 91);

Nè nominare gli ufficiali ministeriali incaricati di vendere i beni mobili ed immobili del fallito (*Parigi*, 27 *febbraio e* 25 *maggio* 1813 *Sirey*, *tom.* 13 *pag.* 288 *Dalloz*, *tom.* 15, *pag.* 224); ma la esecuzione di questa vendita deve aver luogo innanzi al tribunal civile (*Angers*, 28 *ottobre* 1809; *Cassaz.* 3 *ottobre* 1819, *Cons. di Stato*, 9 *dicembre* 1810; *Sirey*, *tom.* 13 *pag.* 346);

Nè può pronunziare sulla dimanda di rilasciarsi una seconda spedizione di una delle sue sentenze (*Colmar*, 10 *novembre* 1833);

Nè sulla perenzione, per non essersi fra i sei mesi eseguita una delle sue sentenze contumaciali (*Digion*, 6 *aprile* 1819, *Dalloz*, *tom.* 5 *pag.* 423 *e Aix*, 12 *marzo* 1825; *Sirey*, *tom.* 25, *pag.* 4);

Nè sopra una dimanda d' interessi risultanti da una condanna pronunziata in principale dagli arbitri. (*Rennes*, 13 *marzo* 1816.)

Il tribunal civile è del pari soltanto competente per conoscere del merito di una opposizione avverso di atti di esecuzione esercitati in virtù di una sentenza contumaciale di un tribunal di commercio, precisamente se tale sentenza ha acquistata l' autorità della cosa giudicata (*Riom.* 27 *feb.* 1828);

E per decidere se un debitore abbia validamente prestata acquiescenza ad una sentenza consolare che pronunzia contro di lui l' arresto personale (*Cassaz.* 17 *luglio* 1833; *Sirey*, *tom.* 33, *pag.* 562);

Ma non potrebbe rivocare, poichè non ha supremazia di giurisdizione, una disposizione del tribunal di commercio inserita nella sua sentenza per assicurarne la esecuzione, per esempio la nomina di un usciere delegato an-

corchè fosse stata illegalmente fatta. (*Brusselles 7 ottobre* 1815; *Giorn. di Bruss. tom.* 2 *del* 1815, *pag.* 134. *V. ancora la quistione* 1551 quater.)

La maggior parte di queste decisioni sono citate ed approvate da Pigeau, Comment. tom. 1, pag. 734 e 735, Thomines, n. 481 e 485, e Boitard, tom. 2, pag. 144 e 145.]

1551 ter. *Il tribunal civile chiamato a conoscere della esecuzione di una sentenza del tribunal di commercio potrebbe forse far sospendere questa esecuzione ?*

No, poichè l'art. 647 del codice di commercio proibisce, anche alle corti che debbono giudicar sull' appello di dare alcuna disposizione proibitiva, o accordare alcuna sospensione alle sentenze commerciali; e quindi a maggior ragione i tribunali civili di prima istanza, che non sono affatto superiori in grado ai tribunali civili di commercio, non avrebbero il dritto di arrestare la esecuzione delle loro sentenze. Infatti per regolare questa esecuzione e non già per impedirla fu ad essi attribuita una tale competenza.

Questa teoria, insegnata da Thomines, n. 486 era stata diggià consacrata, sotto l' ordinanza del 1673, da una decisione della corte di Colmar de' 12 feb. anno XIV. (*Sirey, tom.* 6. *suppl. pag.* 523; *Dalloz, tom.* 18 *pag* 277]. Questa corte pronunziò una simile decisione ai 18 agosto 1816.

Carrè nel riportar la prima nella sua nota *giurisprudenza*, l' accompagnava colla seguente osservazione. « Noi osserviamo che questa decisione applicasi *a tutt' i casi*, non ostante la distinzione fatta nel n. 522, attesochè, relativamente a quelli nei quali l'art. 1234 può ricevere la sua applicazione anche alle materie commerciali, l art. 122 esige che sia pronunziata la sospensione dalla medesima sentenza che decide la controversia: d' onde siegue appartener soltanto al tribunal di commercio la facoltà di accordare una tale sospensione pronunziando la sua sentenza. »]

[1551 quater. *Il tribunal civile, chiamato a conoscere della esecuzione di una sentenza del tribunal di commercio, può aggiungervi l'arresto personale, allorchè, dovendo esserlo, non sia stato pronunziato, o dichiarare inefficace la disposizione che lo pronunziava, allorchè non avrebbe dovuto essere pronunziato ?*

Sulla prima parte della quistione, è sempre certa la negativa, poichè l' arresto personale non è un mezzo ordinario di esecuzione, il quale, come i sequestri, applicasi di pieno dritto a tutte le specie di condanne, ma all'opposto ha luogo sol quando è autorizzato dalla legge ed è da una sentenza pronunziato. Ora il solo giudice del merito è competente per pronunziarlo; potendo egli solo decidere se il debito per cui emette la sentenza di condanna sia del numero di quelli che portano seco questo mezzo rigoroso di esecuzione. Per lo che la corte di Trevers, ai 24 marzo 1809 (*Dalloz, tom.* 9 *pag.* 413) ha consacrata la nostra soluzione.

Relativamente alla seconda parte della quistione, che noi decidiamo come la prima, Thomines n. 487 propone all' opposto una distinzione che non è possibile di ammettere.

Allorchè fu pronunziato, egli dice, l' arresto personale da un tribunal di commercio in un caso in cui non dovea esserlo a causa della qualità della parte condannata, o esso fu pronunziato dopo la discussione su questo punto, e *causa cognita*, ovvero lo fu senza motivi particolari, per mera abitudine di un tribunale che condanna sempre per debiti commerciali.

Nel primo caso, esso è irrevocabile; poichè se la difficoltà fu decisa da' giudici naturali, che sono i giudici del merito, qual eccesso di potere non vi sarebbe per parte de' giudici dell'esecuzione a riformare la loro sentenza.

Ma se non sembra affatto che il tribunal di commercio coll' arresto personale abbia voluto stabilire un capo formale e costituitivo della sua sentenza; se non ha conosciuto la qualità della parte che la escludeva da questo mezzo di esecuzione, se non ha avuto l' intenzione di decidere la difficoltà nascente da siffatta qualità, in tal caso, prosegue lo stesso scrittore, bisogna considerare la sua disposizione su questo punto come di mera abitudine, o almeno come condizionale nel caso in cui la parte non si trovasse nell' eccezione legale. Epperò ciò costituisce una quistione di esecuzione, una quistione di vedere qual mezzo sia o pur no ammessibile per eseguire, ed allora i giudici della esecuzione sono competenti.

Allorchè una sentenza del tribunal di commercio ha accordato l' arresto personale, qualunque sospetto si possa avere sulla poca riflessione con cui fu pronunziata, non si può certamente dal tribunal civile incaricato di farla eseguire ottenere la riforma di detta sentenza

relativa a questo capo. Un tribunale di esecuzione non può essere trasformato in un tribunal di censura.

Non ha forse la parte, per far riparare gli errori de' primi giudici, i mezzi di appello e di cassazione? Ammetterne un altro sarebbe lo stesso che sconoscere tutte le regole della competenza e della gerarchia giudiziaria.]

TITOLO UNICO.

Dell' Appello.

Art. 443 ✝ 507.

[1552 bis. *Il termine di appello è regolato forse dalla legge esistente nell'epoca della sentenza, o da quella in vigore all' epoca dell' appello?*

In sostegno della seconda parte di questa alternativa si dice che, secondo l' art. 1041 del cod. di proc., qualunque causa intentata dopo la sua promulgazione sarà istruita uniformemente alle sue disposizioni, e che questo articolo è applicabile alla specie in esame, poichè l'appello è un atto introduttivo di un nuovo giudizio. (*Avviso del Consiglio di stato dei* 16 *febbraio* 1807.)

Ma a ciò ragionevolmente risponde Pigeau, Comment. tom. 2, pag. 8, che bisogna distinguere nell' appello come in qualunque altra materia di procedura, quello che appartiene al suo esercizio o alla sua forma. Quello che appartiene al dritto, ed il termine dell' appello ne fa parte, è regolato dalla legge sotto la quale è nato, e non può essere cangiato dalla legge posteriore; ma può cangiarsi soltanto ciò che appartiene all' esercizio di questo dritto o alla sua forma.

Ed in vero è questa la sola cosa che il codice di procedura abbia inteso e potuto cangiare.

Questa teoria, perfettamente giusta, è consacrata dalle decisioni delle corti di Brusselles, 13 maggio 1807 (*Dalloz*, *tom.* 2, *pag.* 75; *Sirey*, *tom.* 7 *pag.* 288) di Parigi, 5 gennaio 1809 (*Dalloz, tom.* 2, *pag.* 76); di Colmar, 18 novembre 1815 (*Dalloz, tom.* 2, *pag.* 79; *Sirey, tom.* 16 *pag.* 374); Cassaz. 11 ottobre 1809 (*Dalloz, tom.* 2, *pag* 78; *Sirey, tom* 10 *pag.* 76); 4 marzo 1812 (*Dalloz, tom* 2, *pag.* 76; *Sirey, tom.* 12, *pag.* 194) 1 marzo 1820 (*Dalloz, tom.* 2 *pag.* 76; *Sirey, tom.* 20, *pag.* 228) 15 maggio 1811; Tolosa 1 maggio 1826 (*Sirey, tom.* 27). Vedi del resto la quist. 3433.

Ma relativamente alla procedura bisogna seguire il modo tracciato dalla legge all' epoca in cui essa ha avuto luogo. Per lo che la corte di cassazione agli 11 ottobre 1809 (*Sirey, tom.* 10, *pag.* 75, *Dalloz, t.* 2, *pag.* 78) decise che l' appello da una sentenza contumaciale interposto sotto l' impero del codice di procedura civile, durante i termini della opposizione, deve dichiararsi inammissibile, quantunque il giudizio sul quale fu pronunziata la sentenza abbia cominciato prima del 1. gennaio 1807; dovendosi applicar soltanto l' art. 455 ✝ 519 del codice di procedura.]

[1560 bis. *Chi ha qualità per far la notificazione e per riceverla?*

Per far validamente la notificazione e riceverla, bisogna avere la libera amministrazione de' suoi beni.

Laonde il minore non può, nel suo proprio nome, notificar la sentenza da lui ottenuta, nè ricevere la notificazione di quella dal suo avversario ottenuta contro di lui. Il suo tutore ha solamente la facoltà di far ciò; che anzi la notificazione fatta a quest' ultimo non sarebbe neppur valida qualora non si fosse fatta nel tempo stesso al tutore surrogato (*Vedi le nostre quistioni sull' art.* 444.)

Del pari un minore emancipato, un prodigo, la donna maritata non possono da se soli eseguire o ricevere alcuna notificazione; ma debbono secondo i casi determinati dalla legge agire unitamente al curatore, al consulente, al marito. (*Vedi la nostra quistione* 1591).

Ecco inoltre alcune particolari applicazioni di questo principio:

1. Un' emigrato non poteva validamente intentare un azione giudiziaria; per cui la notificazione a sua istanza di una sentenza da lui ottenuta non faceva decorrere i termini dell' appello (*Cassaz.* 23 *novembre* 1808; *Sirey*, *tom.* 8, *pag.* 5373);

2. Il fallito, essendo spogliato dell' amministrazione de' suoi beni, parrebbe non poter far più alcuna notificazione. Ma la incapacità che lo colpisce è semplicemente relativa, i creditori possono invocarla, ma i terzi non ne hanno alcun dritto (*Lione*, 25 *agosto* 1838; *Sirey tom.* 29 *pag.* 13);

3 Perchè sia valida ed efficace la notificazione fatta alla madre rimaritata ed al suo nuovo

marito di una sentenza pronunziata contro il figlio minore della prima, bisogna dimostrare che dopo il suo nuovo matrimonio la madre sia stata rieletta tutrice. (*Parigi*, 10 *maggio* 1810; *Dalloz*, *tom*.24, *pog*. 206; *Sirey*, *tom*. 15, *pag*. 226).

4. Allorchè in una causa un minore ha interessi distinti da quelli del suo tutore, la sentenza per far decorrere i termini di appello contro di entrambi, dev'essere notificata al tutore, tanto nel suo nome personale, che nella sua qualità di tutore. (*Cassaz*. 30 *marzo* 1825; *Sirey*, *tom*. 25, *pag*. 419);

5. La notificazione di una sentenza al sindaco o direttore di una unione di creditori, non fa decorrere i termini dell'appello contro i creditori che non hanno aderito al contratto di unione. (*Cassaz*. 11 *termid*. *onno XII*).

6 Sotto l'impero della legge del 6 brumajo anno V., perchè una notificazione di sentenza fatta ad un militare assente potesse far correre i termini di appello, non era necessario che fosse preceduta da una cauzione, come per la esecuzione. (*Cassaz*. 19 *dicembre* 1826, *Sirey* *tom*. 27, *pag*. 68).

Ma noi crediamo che se abbia avuto luogo un cangiamento di stato dopo pronunziata la sentenza, o anche dopo concordate le narrative, questo cangiamento di stato, che non avrà potuto arrestare la sentenza, non potrà neanche, se non è notificata, obbligar la parte che ha guadagnata la causa a notificar la sua sentenza, secondo che sembrerebbe esigere il novello stato, poichè si suppone che essa lo ignori; non potendo dirsi per la notificazione della sentenza, compimento del primo giudizio, come dell'atto di appello che ne apre uno novello. (*Vedi la quistione* 1646 quater.) Nulladimeno Tallandier, n. 145 crede dover mettere questi due atti sulla stessa linea. (*Vedi la quistione* 1591.)]

[1562 bis. *La cognizione che può avere una parte dello sentenza pronunziota contro di lei per un mezzo tutto diverso da uno regolare notificozione, fa decorrere i termini dell'appello?*

La soluzione affermativa di questa quistione sarebbe troppo direttamente in opposizione col testo formale del nostro articolo, perchè si potesse bilanciare a rigettarla.

Qual circostanza più decisiva, per istabilire la cognizione che una parte ha avuto della sentenza contro di essa pronunziata, che l'appello da lei stessa prodotto pria di aver ricevuta una notificazione.

E per tanto fu molte volte deciso, segnatamente dalle corte di cassazione a' 15 aprile 1818 (*Sirey*, *tom*. 20, *pog*.470), che se questo primo appello è nullo, la parte ha sempre il dritto di farne un altro, finchè non siano decorsi tre mesi dopo la notificazione, qualunque sia il termine che separa questo secondo appello dal primo. (*Vedi la quistione seguente*)]

[1562 ter *La parte che aveo prodotto appello senza ottendere la notificazione, e che succumbe primo di averlo ricevuta, o almeno prima che sie 10 decorsi i termini, è forse ammissibile a produrre il nuovo appello?*

Che si, se essa succumbe per un motivo indipendente dal merito, come sarebbe una nullità di rito, un mezzo d'inammissibilità, ec.

No poi, se la corte dichiarò l'appello malamente fondato.

Difatti, nel primo caso, non avendo i giudici esaminato il merito della causa, allorchè si sottomette ad essi per farlo esaminare, non vengono chiamati a giudicare novellamente la stessa quistione; e quindi non è applicabile la eccezione della cosa giudicata. La parte che avrà regolarizzato il suo appello, sia riparando la nullità che lo rendeva difettoso, sia facendo scomparire il mezzo d'inammissibilità che momentaneamente paralizzava la sua azione, sarà ammessa a dimandare agli stessi giudici una decisione sul merito, che non fu ad essi sottomesso. Tali sono i motivi della decisione citata sulla precedente quistione.

Ma se all'opposto il merito avesse formato l'oggetto della decisione pronunziata da' giudici di appello, all'indarno la parte condannata direbbe essere ancora ne' termini per appellare; poichè le si potrebbe rispondere che la legge non ha voluto accordarle la facoltà di appellar due volte, e che giudicato una volta il suo appello in merito, tutto è definitivamente esaurito.

Vedi talune applicazioni di questi principî sotto le quistioni 1573 *bis*, 1581 *bis*, 1586 *bis*, 1646 *ter*. ec.]

[1565 bis. *Allorchè vi sono molti interessati nello stesso giudizio, sia attori, sia convenuti, a chi e da chi debbono farsi le notificazioni, sia della sentenza, sia dell'atto di appello? Le diligenze praticate da uno degli attori, o per rispetto ad uno de' convenuti, possono giovare o nuocere ai loro consorti di lite?*

In tal guisa trovansi generalizzati in una sola le quistioni proposte ne' numeri 1559 e 1565 e molte altre, il cui esame nel corso di quest'opera abbiam rinviato in questo luogo, segnatamente al n.645 *bis*.655, 656,1136 ec.

E primamente una importante distinzione regola tutta questa materia; da una parte, l'oggetto della controversia è forse divisibile o indivisibile? Da un'altra parte, i cointeressati sono o pur no soggetti alla solidalità?

La prima parte di questa distinzione non presenta alcuna difficoltà.

La materia è forse qualche cosa di divisibile? I cointeressati non sono solidali? In tal caso ciascuno di essi non può agire ed esser esclusivamente chiamato in giudizio che per proprio conto; nè sotto alcun pretesto gli atti di procedura fatti da lui o contro di lui esercitati, possono servire nè pregiudicare agli altri.

Se uno di loro fa notificare la sentenza ottenuta da molti, i termini di appello decorreranno a suo vantaggio, senza decorrere a vantaggio degli altri; e se egli riceve la notificazione della sentenza ottenuta contro di tutti, i termini correranno contro di lui, senza correre contro degli altri.

Se uno tra essi interpone appello, questo appello non impedisce che la sentenza per rispetto agli altri non acquisti l'autorità della cosa giudicata, e se si produce appello contro uno di essi, la controversia, decisa dalla sentenza, non è rimessa in quistione relativamente agli altri.

Ma se i cointeressati sono soggetti alla solidalità, sia convenzionale, sia legale, o se l'oggetto della causa è indivisibile, il che produce, secondo noi, una solidalità naturale, i principî sono diversi.

Noi non abbiam trovato alcun sistema completo su questa quistione che nel *Trattato dell'appello* di Talandier, n. 258 a 273, ed eccone l'analisi.

Talandier tratta differentemente la solidalità e la indivisibilità che, secondo noi, debbono produrre identicamente i medesimi effetti. Secondo lui, in materia solidale, tutt'i cointeressati sono procuratori gli uni degli altri; non così in materia indivisibile, e nulladimeno, in questo ultimo caso, ciocch'è deciso con l'uno reputasi, per la natura delle cose, deciso contro gli altri.

Da ciò le seguenti conseguenze.

1. *In materia solidale*.

1. La sentenza può ottenersi da un solo nell'interesse di tutti; può notificarsi da un solo alla parte o alle parti condannate, e questa notificazione fa decorrere il termine dell'appello a vantaggio di tutte le parti che guadagnano la causa.

Di fatti essendo procuratore di tutt'i suoi compagni di lite, colui che esegue la notificazione reputasi avere agito per conto loro come per se medesimo. Ciò che egli ha fatto si suppone essere venuto da essi come da lui, e debbe per conseguenza essere utile ad essi come a lui.

2. La sentenza deve notificarsi a ciascuna delle parti condannate, per far contro di ciascuna decorrere il termine dell'appello.

Talandier confessa che questa proposizione è contraria al suo principio, poichè ciascuna parte solidale essendo mandataria delle altre, dovrebbe bastare di renderla l'oggetto di una notificazione, perchè l'effetto che ne risulta dovesse estendersi a tutte le parti da lei rappresentate. Ma il detto scrittore opina dover far svanire questa conseguenza, perfettamente logica, innanzi a delle considerazioni di equità le quali non permettono, secondo lui, che si abbiano vantaggi contro di una parte, senza averla messa personalmente in istato di difendersi.

3 Se di più parti che hanno guadagnata la causa, una di esse soltanto ha fatto notificare la sentenza, senza che ne' tre mesi susseguivi a tale notificazione, sia stato prodotto l'appello, nè contro di lei, nè contro alcuno de' suoi consorti di lite, vi sarà decadimento a vantaggio di tutti.

Che se nei tre mesi dalla notificazione fatta da uno di essi, sia stato prodotto l'appello, sia contro il notificante, sia contro qualunque altro, niuno tra loro può più invocare il decadimento.

Poichè siccome colui che notifica reputasi soltanto notificare in nome di tutti, così colui che riceve la notificazione deve riputarsi soltanto riceverla per tutti

4. Se vi sono molte parti condannate, l'appello prodotto dall'una è utile alle altre, quando anche quest' ultime ne avessero perduto il dritto.

Questa quarta proposizione si coordina alla seconda, dalla quale risulta che le parti condannate sono mandatarie le une delle altre attivamente, e non già passivamente, val dire per gli atti che emanano da esse, e non già per quelli che sono loro diretti.

Di modo che, se una di esse trovasi decaduta dal dritto di appellare, tale decadimento non si estende alle altre, e se una di queste ultime eserciti il dritto da lei contestato, essa libera dal decadimento tutti quei suoi consorti di lite che vi erano incorsi.

II. *In materia indivisibile.*

1. La sentenza ottenuta da una delle parti è utile ai suoi compagni: come del pari è loro utile la notificazione fattane da essa, poichè diversamente potrebbe accadere che una sentenza irrevocabile rispetto all'una, fosse rivocata rispetto all' altra, il che ripugna alla natura della indivisibilità, che non può ammettere due decisioni contradittorie risguardanti lo stesso oggetto.

2. Nulladimeno non comincia a decorrere il termine di appello contro ciascuna delle parti condannate se non notificando la sentenza a ciascuna di esse. È questa una eccezione al principio, fondata sugli stessi motivi ai quali appoggiasi la seconda proposizione emessa di sopra in fatto di solidalità.

3. Se una delle parti che han guadagnata la lite, faccia notificare la sentenza alla parte condannata, e questa non produca appello nell'intervallo de'tre mesi, essa ne perde il dritto anche per rispetto alla parte che non fece la notificazione. Ma Talandier non ammette la proposizione reciproca, come in materia di solidalità, in guisa che, secondo lui, la parte condannata producendo appello contro una delle parti che guadagnarono la causa, anche nei tre mesi dalla prima notificazione, non isfugge al decadimento, nè rispetto a quella che ha ricevuto l'appello nè rispetto alle altre. La ragione della differenza nasce dal perchè non vi sarebbe alcun mandato tacito fra gli obbligati indivisibili, come vi ha fra gli obbligati solidali.

Colui ch' è l'oggetto di un' azione contro di lui intentata non ha alcun mandato a difendersi in nome de' suoi compagni, di modo che non impedisce il decadimento rispetto a costoro; e siccome non vi possono essere due sentenze in contraddizione, non appena la sentenza è divenuta irrevocabile rispetto a taluni i quali hanno acquistato dritto al decadimento, per la stessa ragione ciò si verifica in risguardo a tutti gli altri, anche rispetto a coloro pei quali erasi conservata una procedura regolare.

4. Se vi sono più parti condannate, l'appello prodotto da una di esse è utile benanche alle altre che ne avessero perduto il dritto. Imperocchè, giusta la seconda proposizione, il decadimento di quest' ultime non poteva estendersi alla prima, la quale conservava il suo dritto. E per prevenire la contrarietà di sentenza, bisogna riguardare come conservato per tutte le parti, il dritto che una di esse non ha affatto perduto.

Noi però non adottiamo interamente la dottrina di Talandier.

Per noi, la indivisibilità non è qualche cosa di distinto dalla solidalità; ma questa è il genere di cui l' altra è una specie, ed aggiungeremo benanche che di tutte le specie di solidalità la indivisibilità è la più completa, quella che più merita questo nome; poichè se le altre riposano sopra una convenzione o su di una legge che avrebbe potuto non esistere, questa ha per fondamento la natura delle cose, in guisa che niente può ferire la sua esistenza.

Che cosa è la solidalità? Essa è il legame in forza del quale tutti i creditori di una stessa cosa hanno un dritto eguale e perfetto su ciascuna porzione, e sulla totalità di detta cosa; ovvero tutti i debitori sono personalmente obbligati al pagamento in intero ed in ciascuna porzione. Or noi dimandiamo; questi caratteri non appartengono forse essenzialmente alla indivisibilità? Ciascuno de' comproprietari di un' immobile, a vantaggio e a carico del quale è stabilita una servitù di passaggio, non deve forse, ovvero non possiede forse egualmente la totalità di questa servitù e ciascuna delle sue parti? E si può forse concepire una circostanza, una convenzione, una modificazione qualunque che permette loro doverlo o possederlo diversamente? Vi ha dunque tra essi una perfetta solidalità.

Che se ora si conviene, come infatti è insegnato da tutti gli scrittori, e consacrato da molti testi di leggi, che in materia di solidalità vi ha mandato tacito e reciproco fra tutti i consorti di lite di agire e di difendersi l' uno per l' altro, questo mandato esisterà parimenti per la

indivisibilità, val dire per la solidalità naturale, ed a maggior ragione che per la solidalità convenzionale e legale.

D' altronde facciamo osservare esser giusto, che riconoscendosi il mandato tra gli attori solidali, ne sia benanche riconosciuta la esistenza fra' convenuti solidali, val dire che la parte esposta a vedersi chiamata in giudizio da un solo de' suoi avversari e validamente per tutti, deve poter validamente agire contro di tutti dirigendosi ad un solo. Che se le sollecitudini di uno de' compagni giovano a tutti, la sua negligenza andrà benanche a carico di tutti: di fatti conoscendo che la loro obbligazione è solidale, che ognuno di loro risponde per tutti, niuno è scusabile di non aver sorvegliato alle operazioni degli altri.

Epperò noi ripeteremo ora, con maggior fiducia ancora, quanto dicemmo nelle nostre osservazioni alla *quist.* 645, e ciò che facemmo presentire nella nostra *quist.* 348 *bis*: « che una » procedura fatta contro uno dei debitori soli» dali, reputasi fatta contro di tutti, che la in» terpellazione contro di uno è una interpella» zione contro dell' altro; che l'interrompi» mento di prescrizione contro di uno è un in» terrompimento contro dell' altro; che la e» secuzione contro di uno è una esecuzione con» tro dell' altro; che la opposizione o l' appello » dell' obbligato solidale non sono più permes» si, poichè sarebbero inutili, allorchè il cre» ditore ha una sentenza passata in forza di » cosa giudicata contro il coobbligato; che la » sentenza ottenuta contro un solo de' coobbli» gati solidali è esecutoria contro di tutti, e » concede benanche contro di tutti un dritto » ipotecario. »

Nulladimeno osserviamo che perciò fa duopo che vi sia una solidalità ed diremo ancora una indivisibilità confessata o riconosciuta, poichè soltanto sotto tali condizioni può essere ammesso il mandato. Che se la solidalità o la indivisibilità o il debito stesso sono l'oggetto della controversia, è chiaro allora che la procedura dovrà essere personale per parte di ogni coobbligato o rispetto a ciascuno di essi. Senza debito, non vi ha solidalità; e senza solidalità, non vi ha mandato. Epperò solamente dopo di aver fatto decidere, in contraddizione della parte che la impugna, la esistenza, la solidalità, la indivisibilità del debito, potrà reclamarsi il privilegio che noi accordiamo a queste specie di obbligazioni.

Ciò posto, ecco come, rendendole comuni alla indivisibilità ed alla solidalità, modifichiamo le quattro proposizioni di Talandier.

1 La notificazione della sentenza, fatta da uno de' creditori solidali o indivisibili, fa decorrere il termine di appello a vantaggio di tutti;

2. La notificazione della sentenza, fatta ad uno de' debitori solidali o indivisibili, fa decorrere il termine di appello contro di tutti;

3. Se una delle parti che ha guadagnata la causa fa acquistare alla sentenza l'autorità della cosa giudicata, priachè sia stato prodotto un'appello utile nei termini contro qualche altra parte, tutti ne profittano. Che se è prodotto contro uno di esse un appello utile, priachè la sentenza sia diffinitiva, a vantaggio delle altre, tale appello rimette ogni cosa in quistione relativamente a tutte le parti;

4. Se uno de' condannati solidali o indivisibili produca un appello in tempo utile priachè gli altri siano decaduti da un tal dritto, per niuno di loro potrà più verificarsi alcun decadimento; che se all' opposto uno di essi sia decaduto pria di prodursi appello da qualche altro, allora s'incorrerà da tutti nel decadimento.

Noi decideremo cogli stessi principî la quistione 655, e la parte rimasta indecisa della quistione 1136 *ter*, val dire che in materia indivisibile e solidale, il termine dell'opposizione decorre contro tutte le parti o a loro vantaggio: quando decorre contro o a vantaggio di uno di essi; che la opposizione regolarmente formata da una di esse è del pari regolare per le altre; che il decadimento a poter formare tale opposizione non può colpire l' una senza colpire eziandio tutte le altre; val dire benanche che l'esame valido relativamente ad uno de' cointeressati non potrà da un altro arguirsi di nullità.

Questa materia è stata poco discussa; così che la giurisprudenza e la dottrina sono ben lungi di presentare principî certi e completi. Pertanto ci rimane ad esporne numerosi particolari, la maggior parte de' quali, noi lo speriamo, serviranno a confermare il nostro sistema.

Thomines, n. 493, avvisa che la notificazione o l' appello di una sentenza fatta da uno o contro uno de' consorti di lite, anche solidali, non può giovare nè nuocere agli altri; ma divide la nostra opinione relativamente al caso in cui trattasi di un oggetto indivisibile.

Pigeau, Commentario, tom. 2, pag. 19, si esprime brevissimamente in questi termini;

» L' appello interposto da un debitore solidale
» o da un' debitore indivisibile, nel termine,
» giova ai suoi condebitori. »

Favard, tom. 1, pag. 171, n. 7, non applica, come Thomines, il nostro sistema che ai creditori o ai debitori di un oggetto indivisibile, senza dire alcuna cosa intorno alla solidalità.

Questi due ultimi scrittori fanno ragionevolmente osservare, che quando trovisi in causa una società di commercio, o una unione di creditori, gli atti di esecuzione fatti dal gerente, da uno de' soci, o dal sindaco vanno a vantaggio di tutti i soci e reciprocamente, ancorchè non siavi tra loro alcuna solidalità. È questa una conseguenza diretta dell'art. 69, §. 6 e 7 † 161.

Poncet, n. 305, avvisa che la diligenza usata da una parte può in qualche caso essere utile anche alle altre, quando, cioè, nella causa trattasi di un oggetto naturalmente indivisibile. In questo caso soltanto, egli soggiunge, tutti gli oggetti divisibili della sentenza, come sono le aggiudicazioni delle spese e de' danni ed interessi, sussisteranno sempre contro coloro che non han prodotto alcun reclamo. Questa restrizione sembraci che sia giusta.

Ecco ora l' analisi della giurisprudenza.

I. *In materia ordinaria.*

La notificazione della sentenza fatta ad una delle parti non fa correre il termine di appello rispetto alle altre a vantaggio delle quali la sentenza fu pronunziata. (*Cassaz.* 17 *pratile, anno* 12; *Dalloz, tom.* 2, *pag.* 91 *e tom.* 6, *pag.* 385; *Sirey, tom.* 4, *pag.* 713).

Quantunque la causa sia comune a molti, se essa è divisibile per sua natura, l'appello interposto da una delle parti non giova alle altre; per esempio, se trattasi di coeredi condannati pel debito del loro autore. (*Arresto di Cassaz.* 21 *brumaio, anno* 7; *Dalloz, tom.* 2, *pag.* 91, *Sirey, tom.* 1, *pag.* 176, *diggià citato da Carrè; Rennes*, 26 *maggio* 1828; *Metz*, 12 *gennaio* 1821, *Tolosa* 27 *aprile* 1827, *e Colmar* 25 *luglio* 1835). Nè potrebbesi opporre una decisione della corte di Angers de' 22 maggio 1817 (*Dalloz, tom.* 2, *pag.* 66; *Sirey, tom.* 19, *pag.* 182), la quale ammette de'coeredi ad intervenire in un appello prodotto in loro nome, ma senza mandato, dal loro coerede; poichè avendo ricevuto una notificazione nulla della sentenza, non era contro di essi decorso alcun termine; nè vale la decisione della corte di Grenoble degli 8 dicembre 1810, poichè nella specie da essa esaminata trattavasi di una materia indivisibile.

L' appello interposto contro un solo dei litiganti non impedisce che la sentenza passi in forza di cosa giudicata per rispetto agli altri. (*Rennes*, 14 *maggio* 1812, *Dalloz, tom.* 2, *pag.* 93; *Sirey, tom.* 15, *pag.* 102, *e cassaz.* 30 *nov.* 1825; *Sirey, tom.* 26, *pag.* 104.)

Le parti regolarmente citate non possono opporre eccezione, dal perchè la sentenza ha acquistata l'autorità della cosa giudicata per rispetto alle altre parti. (*Bourges*, 27 *gen.* 1837).

Ognuna di queste decisioni giustifica in tutto o in parte i principî da noi emessi nel caso in cui non vi sia nè solidalità nè indivisibilità fra le parti.

II. *In materia solidale.*

L' appello interposto da uno dei coobbligati giova agli altri. (*Grenoble*, 4 *gen* 1815; *Amiens*, 11 *dicemb.* 1921; *Dalloz, tom.* 1, *pag.* 402; *Sirey, tom.* 22, *pag.* 303; *Bourges*, 23 *dicemb.* 1825; *Sirey, tom.* 26, *pag.* 255, *Poitiers*, 24 *giugno* 1831; *Sirey, tom.* 31, *pag.* 295, *Nancy*, 16 *gen.* 1836, *e cassaz.* 20 *marzo* 1839). Ciò conferma la prima parte della nostra 4 proposizione in quanto che essa si applica alla solidalità.

Pertanto la corte di Lione a'21 giugno 1826 (*Sirey, tom.* 27, *pag.* 157) decise che quando diversi condannati sono i giratarî di una stessa cambiale (i quali sono ligati da una solidalità legale), l' appello prodotto da uno di essi non giova agli altri; e la corte di Limoges, a'22 marzo 1819 (*Talandier*, n. 263) decise che l'appello prodotto in tempo utile da una delle parti condannate non giova a suoi compagni di lite;

E la corte di Brusselles, ai 19 gen. 1830 (*Giorn. di Bruss.* 1830, *parte* 1, *pag.* 244), decise che nel caso di una condanna solidale, l'appello interposto da qualcuna dalle parti che sono ancora nel termine, non giova a quelle rispetto alle quali il termine è spirato. Non vi cade dubbio che ad esse non giova; ma secondo noi, non deve neanche giovare alla parte, ch'è ancora nel termine, poichè applicasi a lei lo stesso decadimento in cui precedentemente

sono incorsi i suoi compagni di lite. (*Vedi la nostra 4. proposizione*).

La corte di Colmar a' 18 febb. 1839 decise che il termine per appellare non decorre per rito contro la moglie, allorchè è stato lasciata al marito una sola copia di una sentenza la quale pronunzia contro entrambi i coniugi una condanna solidale. La nostra seconda proposizione ed i principi da noi esposti sulla quistione 348 *bis* sono contrari a siffatta decisione.

III. *In materia indivisibile.*

L'appello interposto da uno de' cointeressati giova agli altri (*Metz*, 29 *maggio* 1811 ; *Tolosa*, 2 *feb*. 1828 ; *Riom*, 2 *gennaro* 1829 *Sirey*, *tom*. 29, *pag*. 54, *cass*. 30 *marzo* 1825; *Sirey*, *tom*. 25, *pag*. 417, *e* 27, *maggio* 1829; *Sirey*, *tom*. 30, *pag*. 64, *Colmar*, 28 *dicembre* 1839); ciò giustifica la prima parte della nostra quarta proposizione in quanto che essa applicasi alla indivisibilità.

L'appello interposto contro uno degl' interessati conserva il dritto dell' appellante rispetto a tutti gli altri (*Limoges*, 10 *luglio* 1816; *Talandier n*. 259 ; *Metz*, 17 *luglio* 1823 ; *Montpellier*, 27 *luglio* 1825; *Sirey*, *pag*. 147, *tom*. 26 ; *Bordò*, 4 *aprile* 1829 ; *Sirey*, *tom*. 29, *pag*. 342; *Limoges*, 15 *aprile* 1833 ; *Talandier*, *n*. 270 ; *Cass*. 20 *luglio* 1835 ; *Sirey*, *tom*. 35, *pag*. 881; *e Caen* 26 *giugno* 1837); ciò giustifica la seconda parte della nostra terza proposizione in quanto che risguarda la indivisibilità.

In opposizione alla nostra prima proposizione e ad una decisione della corte di Tolosa dei 29 dicembre 1830, la corte di Limoges ai 31 gennaio 1834 (*Talandier*, *n*. 288) ritenne doversi la sentenza notificare alle parti condannate da ciascuna parte appellata, per far decorrere contro alcune di esse il termine per lo appello.

Ai 30 novembre 1830 (*Sirey*, *tom*. 31, *pag*. 161) la corte di Bourges decise che l' appello diretto contro un solo de' condannati non solamente era senza effetto rispetto all' altro, ma bensì inammissibile relativamente a colui ch' era stato realmente intimato. Talandier n. 270 e seguenti cita benanche alcune decisioni della corte di Limoges che consacrano questo principio contrario alla seconda parte della nostra terza proposizione.

IV. La corte di Colmar ai 25 agosto 1829 ritenne che quando l' oggetto di un esame è indivisibile, le nullità personali ad una delle parti possono essere opposte dalle altre. Eppero ne seguirebbe, per esempio, che se una di essa fosse stata irregolarmente citata per essere presenti all' esame, questa procedura sarebbe non solamente nulla per rispetto alla parte malamente citata, ma benanche per rispetto alle altre. Noi però avremmo deciso il contrario, poichè, secondo noi, quanto si pratica da una delle parti reputasi fatto contro tutte le altre ; talchè lungi di essere obbligata ad osservare relativamente a tutti i suoi avversari le regole severe esposte nel titolo degli esami, la parte attrice può dispensarsi di dirigere tutti i suoi atti ad ognuno di essi, riputandosi un solo sufficiente per rappresentarli tutti. Per lo che la corte di cassazione a' 9 agosto 1831 (*Sirey*, *tom*. 31. *pag*. 394), pronunziò una decisione direttamente opposta a quella della corte di Colmar.

È chiaro che i principi ritenuti in fatto di appello debbono benanche necessariamente applicarsi alla opposizione il di cui termine decorrerà a vantaggio di tutt' i creditori solidali o indivisibili se uno di essi fece notificare la sentenza, e contro tutti i debitori, se uno di essi ha ricevuta la notificazione ; e finalmente gioverà a tutti, laddove la notificazione sia stata fatta da un solo priachè qualche altro sia incorso nella decadenza. Carrè avea già indicato una parte di queste decisioni nella quistione 555.

In quanto agli effetti dell'appello o della opposizione, o delle decadenze incorse in matepia di garentia, noi ne tratteremo sulla quistione 1561 *quater*.]

[1566. bis. *La parte appellata la quale, in contumacia dell'appellante, conchiude semplicemente affinchè sia messo fuori causa, può forse, sulla opposizione, far valere i mezzi d'inammissibilità contro l'appello; come sarebbe per esempio, quello nascente dall' esser stato l'appello tardivamente prodotto?*

La parte appellata che non conchiuse nel merito, e che non dimanda la pronunziazione di una sentenza che formasse autorità, non avendo bisogno di giustificare le sue conclusioni, e potendo limitarsi a dimandare una sentenza di congedo, siccome ritenemmo nella quistione 749 *bis* §. 13, n. 5, importando po-

co di quali espressioni siasi servito, e di quelle che furono adoperate nella decisione, noi crediamo che i suoi dritti non abbiano potuto essere affatto compromessi. In tal caso reputasi non aver essa adoperato alcun genere di difesa, poichè infatti non avea bisogno di farne uso, e per conseguenza ha conservata la facoltà di presentarne tutt' i motivi, di qualunque natura essi sieno, nella discussione in seguito provocata dalla opposizione prodotta dalla parte avversa.

Nulla impedirà dunque ch' essa proponga i mezzi d' inammissibilità di cui avrebbe fatto uso al primo momento, se il suo avversario non si fosse tirato indietro. (*Angers*. 15 *gennaio* 1829, *e Lione* 7 *feb*.1834; *Sirey tom* 34, *pag*. 337).

Vedi la quistione 517 sulla distinzione da farsi fra la sentenza o la decisione contumaciale, colla quale il convenuto o la parte appellata ottenga una sentenza nel merito, e quelle che si limitano ad assolvere il convenuto o la parte appellata dalla dimanda senza aver prima questa esaminata.]

[1569 bis. *Da qual giorno decorre il termine per rispetto alla parte condannata con sentenza emessa sopra una sua semplice istanza e senza contradittore?*

Abbenchè, secondo i principî esposti sulla quistione 378, tale sentenza, essendo un' atto di gratuita giurisdizione, non sia per siffatta ragione soggetta all' appello, pure vi sono talune eccezioni, formalmente indicate dalla legge, siccome può vedersi segnatamente sulla quistione 1492 *bis*, art. 417, e quì appresso 1581 *quinquies*. Ed appunto per rispetto a tali eccezioni abbiam proposta la nostra quistione.

Supponiamo adunque che un creditore abbia presentata una dimanda innanzi un tribunal di commercio per far dichiarare il suo debitore in istato di fallimento, che il tribunale abbia rifiutato questa dichiarazione, ed il creditore, trovandosi leso ne' suoi dritti, voglia appellarne, in qual termine dovrà farlo? Da qual giorno comincerà a contare questo termine?

La difficoltà nasce dal motivo che la parte non avendo alcun contradittore, la sentenza non potrà esserle notificata. E l'art. 443 fa incominciare a decorrere il termine dal giorno della notificazione. Avrà forse il creditore il dritto di appellare durante trenta anni? Ciò sarebbe esorbitante. Epperò bisogna decidere doversi anche applicare il termine di tre mesi, e siccome la parte non può ignorare una sentenza pronunziata sulla sua stessa dimanda, e nè può pretendere che sia per rispetto a lei una sentenza contumaciale, ragion vuole che non essendo stato designato alcun altro punto donde cominciasse a decorrere il termine, bisogna ritenere che questo sia il giorno della pronunziazione della sentenza.

L' art. 858 † 936 del codice di procedura presenta un caso di analogia il quale perfettamente giustifica questa opinione, poichè decide in materia di rettificazione di atti dello stato civile, che nel caso in cui non vi sia altra parte se non quella che agisce per la rettificazione, e qualora essa crede aver dritto a dolersi della sentenza, può, *ne' tre mesi dalla data della sentenza*, reclamare innanzi alla corte reale. Epperò la corte di Rennes ai 25 maggio 1838 decise che il creditore la cui dimanda di dichiarazione di fallimento sia stata rigettata, non può interporre appello che ne' tre mesi dalla pronunziazione della sentenza.

In quanto alla forma di questo appello, vedi sull' art. 456, la quistione 1645 *ter*.]

[1571 bis. *Quali sono i caratteri dell' appello incidente ed in qual caso è necessario adoperare questo mezzo di reclamo?*

Siccome fu osservato da Carrè nelle nozioni preliminari al presente titolo, ed insegnato da Pigeau, procedura civile, lib.2, part.4, tit. 1 cap.1, sez. 3, n. 2, da Boncenne n. 284, da Boitard, tom. 3, sull' art. 443, e da Talandier n. 401, *l' appello principale e l' appello incidente* non si distinguono tra loro che per l' anteriorità o posteriorità. La importanza del loro oggetto rispettivo non entra affatto nella determinazione del loro carattere; nè d'altronde l'appello incidente è necessariamente accessorio all' appello principale, ma può avere un oggetto distinto e separato; epperò alcuni scrittori propongono di cangiare la loro denominazione come quella che facilmente può indurre in errore e di rimpiazzarla con questa, la quale è molto più caratteristica, *appello originario*, *appello incidente*.

Del resto il principio che la sola poziorità distingue il primo dal secondo, fu consacrato dalla corte di Rennes ai 3 luglio 1813, e da quella di Colmar 20 febbraio 1820 (*Dallaz*; *tom*. 20, *pag*.519; *Sirey*, *tom*. 20, *pag*. 576).

Carrè, citando quest' ultima decisione nella

sua nota *giurisprudenza* l'accompagnava colla seguente riflessione : » Questa decisione che » dichiarò *incidente* l' apppello prodotto sul » merito della causa, e *principale* quello che » risguardava la disposizione accessoria relativa ad un indennizzamento di spese, per il » motivo che quest' ultimo avea preceduto » l'altro, è importante in quando che non può » opporsi a colui il di cui appello è qualificato » incidente e che avesse fatto correre il termine o non avesse notificato il suo atto di appello alla persona o al domicilio. »

Si dimanda quali sieno i casi in cui il mezzo dell'appello incidente è indispensabile alla parte appellata per sostenere le sue pretensioni?

Indubitatamente l'appello incidente è necessario ogni qualvolta la sentenza impugnata avendo deciso contro la parte appellata un punto della causa, sia pronunziando una condanna a suo riguardo, sia escludendola da una dimanda, essa voglia per questo capo far riformare la detta sentenza. Egli è certo che se la parte appellata non interpone un appello formale, i giudici superiori non saran competenti a decidere questo punto della causa ; nè potranno esaminarlo , e quindi la sentenza acquisterà la forza della cosa giudicata.

Ma se la sentenza, fra due motivi presentati dalla parte appellata per guadagnare la causa, ne ha rigettato uno ed adottato l' altro ; se senza arrestarsi ad un mezzo d'inammissibilità, ha accolto la sua difesa in merito ; noi crediamo che per riprodurre in appello il motivo poggiato sul merito o quello sulla inammissibilità, passati sotto silenzio, la parte appellata non ha bisogno d'interporre appello incidente. Di che cosa si graverebbe essa essendo state accolte le sue conclusioni ; poichè , sia con un mezzo sia con un altro,è riuscita nelle sue pretensioni ?

Nulla di più naturale che essa presenti in tempo utile i motivi messi da parte ad oggetto di appoggiare la sentenza a lei favorevole , ad oggetto di farla confermare per altri motivi , se quelli già adottati le sembrassero insufficienti; ma per appellare bisogna essere stato leso nelle proprie pretensioni,e questo caso non esiste affatto.

La nostra opinione fu consacrata con decisioni della corte di Bourges, 15 aprile 1825, e di Orleans, 19 giugno 1829. (*Sirey*, *tom.* 33, *pag.* 446).

Ma si oppongono due altre decisioni,una della corte di Agen del 1 luglio 1824, l'altra della corte di cassazione, de' 18 giugno 1816 (*Sirey* , *tom.* 17 , pag. 158 ; *Dalloz* , *tom.* 10 , *pag.* 438).

Nella specie di questa seconda decisione, la posizion delle parti era tutta particolare, e noi non crediamo che si possa regolarmente opporla. Infatti la corte di cassazione sembra decidere,che innanzi la corte reale non si era riprodotto il motivo rigettato in prima istanza ; ed allora era chiaro che il ricorso non era fondato.

Noi persistiamo a credere che bisogna sempre distinguere , per conoscere quanto è necessario l' appello incidente, il caso in cui la parte appellata ha perduto la causa per una parte qualunque delle sue conclusioni in merito, dal caso in cui sieno stati soltanto rigettati i suoi mezzi accessori di difesa.]

[1572 bis. *L' appello incidente può forse prodursi per mezzo di conclusioni verbali all'udienza anche nel caso di contumacia ?*

L' appello incidente può verbalmente prodursi all' udienza allorchè le circostanze della difesa lo rendono necessario, salvo il dritto all' avversario , il quale non lo avesse potuto prevedere , di dimandare un differimento per prepararsi a rispondere.

Ma è chiaro che se l'appellante principale si rendesse contumace, la parte appellata che volesse dimandare una sentenza di congedo non potrebbe validamente,mediante conclusioni orali,far decidere dalla corte il suo appello incidente ; imperocchè onde una controversia sia in istato di esser decisa , fa d'uopo pria di tutto che ne sia conosciuto l'oggetto da entrambe le parti; e fa d' uopo che un' atto emesso dall'attore abbia chiamato il convenuto all'udienza. Ma semplici conclusioni orali non possono adempire a quest'oggetto, allorchè il convenuto è assente. Epperò , in caso di contumacia , non può essere accolto un così fatto appello incidente. Tal'è del resto il sentimento della corte di Brusselles , 14 feb. 1827 (*Giorn. di Bruss. tom.* 1. *del* 1827, *pag.* 87) e di Limoges, decisione de' 19 aprile 1815, citata ed approvata da Talandier n. 405. In tal caso vi bisognerebbe una notificazione alla persona o al domicilio (*Vedi la quistione* 1586).]

[1573 bis. *Può l' appellante , per isfuggire alla nullità proposta contro il suo appello , ri-*

prendere sussidiariamente le stesse conclusioni incidentemente ad un appello incidente prodotto dal suo avversario?

La corte di cassazione con due arresti de' 27 aprile 1835 e 19 febbraio 1838 ritenne la negativa.

La opinione della corte suprema, nelle specie da lei disaminata, ci sembra giustificata dalla circostanza che il termine di tre mesi dopo la pubblicazione della sentenza era da lungo tempo decorso, allorchè l'appello principale fu convertito in appello incidente, e sulla quistione 1575 vedrassi che l' appellante principale, abbenchè non siagli vietata la forma dell' appello incidente, nulladimeno non può, siccome la stessa parte appellata, godere per questo appello incidente della franchigia del termine.

Però il motivo che ci avrebbe fatto risolvere la quistione nel senso della corte suprema non è quello da essa adottato. A suo avviso, non potrebbe prodursi un appello incidente sopra un altro appello incidente; ma i principi sviluppati sotto al n 1573 sembrano dimostrare il contrario. Essendo il primo appello incidente anteriore al secondo, non è forse per rapporto ed esso un vero appello principale? (*Vedi la quistione* 1571 bis). Questa verità era tanto più rimarcabile nella causa in quanto che il primo appello incidente, essendo stato interposto con un' atto di citazione, avea con ciò acquistato non solamente il carattere, ma bensì la forma di un vero appello principale.

Nè la obbiezione desunta del motivo che l' appellante in tal modo troverebbe sempre un mezzo di sfuggire alla nullità del suo atto di appello è di alcun peso ai nostri occhi, poichè non essendogli permesso l' appello incidente, secondo noi, se non quando trovasi ancora ne' termini, la nostra opinione non ha altro risultamento che di agevolargli nel rito l'esercizio di un dritto che ben gli apparteneva, non potendo alcuno contrastargli il diritto di rimpiazzare, durante i termini, con un secondo atto regolare l'atto nullo da principio emesso. (*Vedi le quistioni* 1562 bis e ter.)]

[1576 bis. *Quando si può apporre l' acquiescenza come mezzo d'inammissibilità all' appello incidente della parte appellata?*

Primamente è certo che l'appello incidente non meno dell' appello principale è soggetto ad essere dichiarato inammissibile. L'art. 443, autorizzandolo in ogni stato di causa alla parte appellata, non ha inteso scagionarlo dalle decadenze in cui avrebbe potuto incorrere per qualunque specie di acquiescenza. Imperocchè, ancora una volta, quest'articolo non regola le condizioni intrinseche alla facoltà di appellare, ma soltanto il termine durante il quale può esercitarsi siffatta facoltà.

Epperò bisogna consultare la natura stessa dell' appello incidente, il suo scopo ed il suo motivo per fare una giusta applicazione delle regole dell' acquiescenza.

Vi è nullameno un genere di acquiescenza che il nostro art. 443 dichiara inefficace rispetto all' appello incidente della parte appellata, ed è quello risultante (*vedi la quistione* 1564) dalla notificazione fatta della sentenza senza protesta nè riserva: cosichè non vi ha alcuna difficoltà su questo primo punto che la corte di cassazione ha nulladimeno avuto occasione di decidere tre volte *in terminis*, ai 25 frutt. anno 12 (*Dalloz*, *tom.* 2, *pag.* 149; *Sirey*, *tom.* 6, *pag.* 917) e 10 maggio 1820 (*Sirey*, *tom.* 20, *pag.* 438), e la corte di Rennes alli 8 marzo 1814 (*Dalloz*, *tom.* 21, *pag.* 466; *Sirey*, *tom.* 14, *pag.* 278).

Relativamente alle altre specie di acquiescenza, ecco le regole suggerite dalla ragione.

Se è anteriore all'appello principale, niuna acquiescenza, sia espressa, sia tacita, sia risultante dalla notificazione o anche dalla esecuzione della sentenza (*Bruss.* 12 *marzo* 1842; *Giorn. di Bruss.* 1842, *pag.* 110), può fare ostacolo all' appello incidente; poichè essa reputasi sempre condizionale e valida solamente pel caso in cui l'avversario non produrrà alcun appello. Ma se questi non accetta le proposizioni di pace che gli vengono fatte, ritorna allora tutto in quistione e la parte appellata è autorizzata a ritirare le sue proposte pacifiche.

Tal' è l' avviso di Pigeau, Comm. tom. 1, pag. 16, di Merlin Quistione, alla parola *appello incidente* § 1, di Thomines, n. 497, e di Talandier, n. 409, consacrato dalle decisioni della corte di cassazione, 21 agosto 1811 (*Dalloz*, *tom.* 2, *pag.* 153; *Sirey*, *tom.* 21, *pag.* 263), e delle corti di Orleans, 6 feb. 1813, di Metz, 26 marzo 1831 (*Sirey*, *tom.* 23, *pag.* 126); Amiens, 11 dicembre 1821 (*Dalloz*, *tom.* 1, *pag.* 402; *Sirey*, *tom.* 22, *pag.* 303); Bordò, 15 feb. 1828 e 19 luglio 1831; Cassaz. 9 aprile 1835. È sorprendente,

dice ragionevolmente Talandier, come la corte di Torino abbia sconosciuta questa verità nella sua decisione de' 19 maggio 1813 (*Dalloz*, *t.* 28, *pag.* 198).

Che se all'opposto l'acquiescenza della parte appellata è posteriore all'appello principale, essa non può più riguardarsi come condizionale, ma è piuttosto una rinunzia al dritto, digià a quest'epoca verificato, di produrre appello incidente. È questa una conseguenza inevitabile della precedente quistione; ed è ancora insegnata dagli stessi scrittori e confermata da una giurisprudenza imponente che noi andiamo or ora ad analizzare.

Vi è un genere di acquiescenza il quale, non potendo aver luogo se non dopo l'appello principale, rientra a tal proposito nella seconda parte della nostra divisione e addiviene per conseguenza un ostacolo all'appello incidente; val dire allorchè le conclusioni della parte appellata tendono alla conferma pura e semplice della sentenza. Ed appunto a questo caso particolare han relazione tutte le decisioni pronunziate sulla materia; ma esse fanno talune distinzioni che giova esaminare.

La decisione della corte di Tolosa de'23 novembre 1824 (*Dalloz*, *tom.* 10, *pag.* 97; *Sirey*, *tom.* 25, *pag.* 413) è la sola che abbia in Francia dichiarato in un modo generale, che dopo aver conchiuso puramente e semplicemente (concordate le narrative) affinchè fosse stata la sentenza confermata, la parte appellata poteva anche in seguito interporre appello incidente. Ma il principio contrario fu riconosciuto e consacrato dalle seguenti decisioni: Cassaz. 11 frutt. anno 9, 6 frim. anno 13, 31 ottobre 1809, Brusselles, 3 feb. 1813 Rennes, 3 agosto 1819; Brusselles, 22 giugno 1820 (*Giorn. di Bruss. tom.* 2 *del* 1820, *pag.* 200); 10 ottobre 1823 (*ivi*, *tom.* 2 *del* 1823, *pag.* 302); 15 maggio 1822, 3 feb. 1825 (*riportate da Merlin*, *quistioni*, *tom.* 2 *pag.* 104); Amiens, 30 giugno 1824; Poitier, 27 luglio 1824; Agen, 5 agosto 1824; Aix, 15 gennaio 1826; Bordò, 28 luglio 1827 (*Sirey*, *tom.* 27, *pag.* 176); e Bourges, 7 maggio 1831. A questa imponente giurisprudenza si accoppia anche la teoria ritenuta dagli scrittori (*vedi Pigeau*, *Camm. tom.* 2, *pag.* 16, *Merlin Quistioni*, *alla parola* appello incidente § 1. *Favard*, *tom.* 1, *pag.* 174, *n.*.13, *Thomines*, *n.* 497, *Boitard*, *tom.* 3, *sull'art.*443, *e Talandier*, *n.* 409).

Pertanto fu deciso che, anche conchiudendo per la conferma pura e semplice della sentenza, poteva la parte appellata non esser dichiarata inammissibile, laddove accompagnava le sue conclusioni con sufficienti riserve comprovanti ch'essa non acquietavasi alla sentenza se non a condizione che l'avversario avrebbe egli stesso rinunziato all'appello, ma che, nel caso contrario, si proponeva d'impugnarla essa pure a sua volta. (*Metz*, 24 *agosto* 1813; *Cassaz.* 26 *dicembre* 1815, 26 *agosto* 1823, *Dalloz*, *tom.* 18, *pag.* 242, *Sirey*, *tom.* 25, *pag.* 51[1], 30 *dicembre* 1824, *Sirey*, *tom.* 25, *pag.* 116, 15 *luglio* 1828, *Sirey*, *tom.* 28, *pag.* 165, 15 *dicembre* 1830, *Sirey*, *tom.* 32 *pag.* 515, 17 *aprile* 1833, *Sirey*, *tom.* 33, *pag.* 468).

Ma mentrecchè la maggior parte di queste decisioni si contentano delle riserbe generali, quella della Corte di Angers de' 25 febbrajo 1829, dichiara tali riserve insufficienti e vuole ch'esse comprendano particolarmente quella di interporre incidentemente appello. Però la sua decisione ci sembra troppo severa; poichè nei casi di cui trattiamo, le riserve non potrebbero avere altro oggetto. All'opposto la corte di Grenoble, molto più facile, dichiara che le riserve originariamente fatte nella notificazione della sentenza sono sufficienti per conservare il dritto di appellare incidentemente, anche quando, dopo l'appello principale, si fusse conchiuso per la conferma. (25 *maggio* 1825).

Allorchè le conclusioni perchè fosse confermata la sentenza furon date a solo oggetto di ottenere una decisione contumaciale, noi crediamo ch'esse, anche quando non fussero accompagnate da alcuna riserba, non possono costituire la rinunzia all'appello incidente nel caso in cui l'appellante principale producesse opposizione; poichè da una parte, fino a quando costui non si presenta per sostenere il suo appello, può credersi che per un ritorno all'idea di transazione, egli accetti finalmente quella propostagli dalla parte appellata, ed allora l'acquiescenza riprende il suo carattere condizionale; da un'altra parte, abbiam già visto (*quist.* 1572) che nel caso di contumacia dell'appellante, la parte appellata non può all'udienza produrre appello incidente. Questa posizione particolare è una sufficiente scusa per non aver prodotto appello incidente con atto di citazione separata. Finalmente la parte appellata può dimandare il suo rinvio da una sentenza

di congedo senza far pronunziare nel merito; altra considerazione che dee far riguardare la sentenza che si pronunzia come quella che lascia intatta ogni cosa.

D'altronde ritenendo benanche che colle sue conclusioni prese in contumacia, la parte appellata avesse rinunziata al suo appello incidente, la opposizione dell'avversario non gliene renderà forse la facoltà, del pari che rimarrebbe sciolta da un' acquiescenza anteriore col solo fatto dell'appello principale? La opposizione fa cadere la decisione contumaciale la quale non è più che un atto d'istruzione; e se vedendo che voi non sostenevate il vostro appello, io stesso ho rinunziato a divenire appellante, non ho al certo perduto il diritto d'interporre appello incidente, quando voi vi fate a sostenere il vostro appello principale; del pari che, per aver lasciato dapprima decorrere i tre mesi, credendo che voi fareste lo stesso, io non mi son privato del dritto di appellare se voi venite ad ingannare la mia aspettativa. (*Rennes*, 26 *giugno* 1810, *Bourges*, 30 *gennajo* 1807, *Sirey*, *tom*. 27 *pag*. 147, *e Tolosa*, 29 *febrajo e* 7 *aprile* 1832) A maggior ragione bisogna ritener lo stesso se la parte appellata non avesse ottenuta e notificata la sua decisione contumaciale che sotto tutte le riserve. (*Cassaz*. 15 *luglio* 1828; *Sirey*, *tom*. 28 *pag*. 165; *Bourges* 15 *febrajo* 1830.) Talandier, n. 409, ammette soltanto le teoria di queste ultime decisioni, e respingendo quella delle precedenti, sostiene che l'aver puramente e semplicemente ottenuta la decisione contumaciale che conferma la sentenza è un' acquiescenza formale ed irrevocabile: potendo invocare l' autorità delle corti di Bourges, 8 marzo e 16 gingno 1813, e di Bordeaux 19 marzo 1832 (*Sirey*, *tom*. 33, *pag*. 514).

Del rimanente noi non ci spingeremo fino a sostenere che la parte appellata, sull'opposizione alla decisione contumaciale prodotta dal suo avversario, potrebbe anche, senza interdirsi l'appello incidente, conchiudere puramente e semplicemente per lo rigetto della opposizione; poichè è chiaro che allora essa si rimette nella posizione di colui che conchiude in contraddizione per la conferma della sentenza e quindi vi presta acquiescenza. Tal è il sentimento della corte di cassaz. 23 gennajo 1810 e di Agen, 16 febrajo 1813 (*Dalloz t.* 2, *p.* 152). È inutile fare osservare che la parte appellata non decade dal dritto di produrre appello incidente, allorchè sull' appello principale di una sentenza che ordina una pruova testimoniale, essa dimandi una delle prime udienze per discutere l' appello; (*Cassaz.*, 21 *agosto* 1811, *Dalloz t.* 2, *p.* 153, *Sirey t.* 21, *p.* 203) poichè ciò non significa al certo conchiudere per la conferma della sentenza.

Finalmente un primo appello incidente sopra uno dei capi della sentenza non può neanche considerarsi come un'acquiescenza agli altri capi. (*Brusselles* 5 *novembre* 1823: *Racc. di Spruyt*, *t*. 1, p. 258.)]

[1577. bis. *L'appellante principale, divenuto parte appellata in seguito di un appello incidente prodotto dal suo avversario, può forse a sua volta interporre incidentemente l'appello contro quei capi che avea dapprima rispettati? Può forse produrlo in ogni stato di causa?*

Una dissertazione da noi raccolta ne' manoscritti di Carré tratta la quistione ne' seguenti termini:

« In sostegno della negativa può dirsi che » l' art. 443 ha riserbato soltanto alla parte » appellata la facultà di produrre un appello » incidente, senza riserbarlo affatto all' appellante, il quale essendo stato libero di ri» stringere il suo appello o di estenderlo a suo » arbitrio, non può più ritornare sull'acquie» scenza formale da lui data nel suo atto di » appello ai capi della sentenza non impugna» ti. Ma si può rispondere che se l' art. 443 » accorda soltanto alla parte appellata la fa» coltà di produrre incidentalmente appello, » l' appellante addiviene egli stesso parte ap» pellata in seguito dell' appello incidente pro» dotto dall'avversario; che la sua acquiescen» za ha potuto esser data sotto condizione, e » nella speranza che la parte avversa non a» vrebbe incidentemente appellato da altri capi » diversi da quelli che formarono l' oggetto » dell' appello principale.

« Io sono condannato da molti capi di una » stessa sentenza, la quale, per molti altri » capi, condanna ancora la mia parte avver» sa; io produco soltanto appello avverso uno » dei capi che mi condanna e mi acquieto » agli altri, nella speranza che questa mia » concessione impegnerà l' avversario a limi» tarsi a sostenere la sentenza, o che, se e» gli fa uso della facultà concessagli dall' art. » 443, restringerà almeno il suo appello inci-

» dente al solo capo che forma l'oggetto del-
» l'appello principale. Che se all'opposto egli
» rimette in quistione tutt'i capi che lo con-
» dannano e che mi fecero guadagnar la cau-
» sa, esso viene con ciò a liberarmi dalla mia
» acquiescenza, rendendosi egli stesso inam-
» missibile ad opporla; imperocchè se, sic-
» come fu deciso dalla corte di cassazione
» col suo arresto dei 22 marzo 1826, la di-
» sposizione dell'art. 443 che autorizza la
» parte appellata a produrre incidentemente
» appello in ogni stato di causa ebbe, essen-
» zialmente per oggetto di ristabilire l'equi-
» librio fra i dritti e le pretensioni rispettive
» delle parti, quest'equilibrio non esisterà più
» e saran diverse le condizioni, qualora il
» mio avversario avesse la libertà di recla-
» mare contro tutte le disposizioni che lo con-
» dannano e mi dan vinta la causa, mentrec-
» chè, limitato al mio appello principale, io
» sarei ridotto a far valere i miei motivi di
» reclamo contro il solo dispositivo che ne
» forma l'oggetto ed a sostenere di essere sta-
» to ben giudicato il rimanente della sentenza.
» La mia posizione sarà dunque molto più sfa-
» vorevole di quella della parte appellata che
» potrà reclamare contro di me come meglio
» crederà senza che io possa in seguito dirige-
» re alcun novello reclamo contro di lei. Al-
» l'indarno opporrebbesi che io ho dovuto fa-
» re i miei calcoli ed esaminare attentamente
» quali erano i capi della sentenza a me con-
» trarì pria di decidermi a circoscrivere il mio
» appello; ed avendo preso un tal partito, mi
» sono io stesso prescritto dei limiti che non
» mi è più permesso di sorpassare. Questo ra-
» gionamento sarebbe indubitatamente giusto
» se la facultà accordata al mio avversario di
» rendersi incidentemente appellante fusse sta-
» ta ristretta al solo capo impugnato coll'ap-
» pello principale; ma essendo questa facultà
» illimitata e potendo estendersi indifferente-
» mente a'capi separati e distinti della senten-
» za avverso di cui esiste appello principale,
» come a quelli che ne dipendono o vi sono
» connessi, così divenuto a mia volta parte ap-
» pellata in seguito dell'appello incidente del
» mio avversario, deggio poter godere della
» stessa facultà a lui concessa, val dire di po-
» ter estendere il mio appello indistintamente
» a tutti gli altri capi che mi sono contrari.

Noi volentieri adottiamo questa teoria.

Se la parte appellata originaria, siccome si è visto nella fine della quistione 1576, non reputasi, dietro un appello incidente ristretto ad alcuni capi, acquietarsi agli altri capi della sentenza, e conserva il dritto di renderli l'oggetto di un novello appello incidente, quantunque non provocato da nuovi reclami per parte dell'appellante principale, a maggior ragione quest'ultimo, il quale è entrato il primo in giudizio, e che avea messo nel suo primo reclamo una moderazione di cui la parte appellata non ha creduto tenere alcun conto, rimarrà sciolto dalla sua acquiescenza parziale, se pure esiste, in seguito dell'appello incidente prodotto dal suo avversario. Noi crediamo adunque che l'appello incidente dell'appellante principale non può esser respinto da un mezzo d'inammissibilità risultante dall'acquiescenza.

Ma quale ne sarà la formola? A qual termine sarà soggetto?

In quanto alla forma, i principî da noi esposti sulla quistione 1573 non permettono di dubitare potersi adoperar quella del semplice atto di patrocinatore. Rispetto al termine, esso sarà regolato dagli stessi principî relativi (ci si perdoni la espressione) alla parte appellata principale. L'appellante principale è addivenuto realmente parte appellata, ed il motivo della pace retta, che lo rende libero dall'acquiescenza, deve liberarlo ancora dalla decadenza del termine. Le due posizioni sono identiche. (*Vedi la nostra quist.* 1575.)]

[1581. bis. *Chi può appellare?*

È chiaro che qualunque persona la quale fu parte in una sentenza può appellarne se crede aver ricevuto alcun torto.

Basta dunque che una parte attrice, intentando un'azione contro i sindaci di un fallimento abbia messo in causa la moglie e gli eredi del fallito, perchè questa moglie e questi eredi abbiano il dritto d'interporre appello, malgrado l'acquiescenza dei sindaci alla sentenza che accolse la dimanda (*cassaz.* 26 *dicemb.* 1836); e che il donatario sia stato ammesso interveniente nel giudizio d'interdizione diretto contro del suo donante, perchè possa appellare dalla sentenza che pronunzia una tale interdizione. (Bord., 2, aprile 1833.) Daltronde il sequestratario, al pari del terzo sequestrato, può interporre appello dalla sentenza che pronunzia al tempo stesso sulla di-

manda per la convalida e sulla dimanda di dichiarazione affermativa. (*Tolosa*, 20 *giugno* 1838.) E, per la ragione dei contrari, colui che non fu parte in giudizio non può appellare; nè gli resta altro mezzo a sperimentare, se la sentenza gli rechi alcun danno, che il mezzo della opposizione di terzo o quello dell' intervallo. (*Torino*, 21 *agosto* 1807; *Dijon*, 21 *genn.* 1808; *Lione*, 29 *novemb* 1829).

Un terzo adunque non munito di alcuna procura non potrebbe interporre appello in nome della parte condannata, ed è questa una conseguenza della massima *niuno litiga per mezzo di procuratore*, di cui abbiamo altrove spiegato il senso ed indicato la giusta applicazione. (*Cassaz.* 24. *brum. anno IX e* 16 *prat. anno XII*, *Dalloz*, *tom.* 2, *pag.* 61, *Sirey*, *tom.* 4, *pag.* 545, *il* 22 *bru. anno XII*, *Sirey*, *tom.* 4, *pag.* 282; *Dalloz*, *tom.* 2, *p.* 62.) Gli è vero che la stessa corte avea deciso che l'amministratore dei beni di un individuo poteva interporre appello in nome del suo committente: ma dalle considerazioni della decisione risulta che il commettente fu espressamente denominato nell' atto di appello come quegli che vi era soltanto interessato; il che rientra perfettamente nella nostra teoria esposta sulla quistione 290; confermata, in fatto di appello, da una decisione della stessa corte de' 18 giugno 1823 (*Sirey*, *tom.* 24, *pag.* 233, *Dalloz*, *tom.* 2, *pag.* 65) dalle cui considerazioni risulta essere nullo l'appello interposto da un procuratore nel suo nome qualificato, ancorchè potesse essere validamente ratificato colla comparsa della parte in questo appello pria che i termini fossero spirati. (*Aix*, 18 *febbraio* 1808; *Sirey*, *tom.* 8, *pag.* 109; *Dalloz*, *tom.* 14, *pag.* 400, *e Limoges*, 30 *dicembre* 1823). Fa d'uopo adunque che l'appello sia interposto a nome della stessa parte. (*Rennes*, 23 *aprile* 1811). E inutile far osservare che l'appello prodotto da una persona senz'alcuna procura non potrebbe essere dopo spirati i termini utilmente ratificato. (*Cassaz.* 24 *brumaio anno IX*; *Sirey*, *tom.* 1, *pag.* 418).

Del rimanente, costituendo l'appello un novello giudizio, per poterlo produrre è sempre necessaria una procura speciale, nè basterebbe quella data per rappresentar la parte in prima istanza (*Rennes*, 23 *aprile* 1811); e nemmeno il mandato legale affidato al patrocinatore per rappresentar la parte innanzi ai primi giudici, poichè essa termina colla sentenza che estingue il primo giudizio. Sarebbe altrimenti allorchè si fosse dato una procura colla facoltà di appellare avverso tutte le sentenze. (*Cassaz.* 5 *settembre* 1806; *Sirey*, *tom.* 7, *pag*, 33, 12 *settembre* 1812, *Sirey*, *tom.* 16 *pag.* 456; *Dalloz*, *tom.* 2, *pag.* 288; 28 *gennaio* 1813, *Dalloz*, *tom.* 2, *pag.* 292, *Sirey*, *tom.* 16, *pag.* 486).

Quantunque per aver dritto d'interporre appello sia necessario di essere stato parte in giudizio, non è però indispensabile di avervi figurato personalmente; colui che vi fu rappresentato sia da' suoi autori, sia da' suoi aventi causa, sia dalla persona i cui beni è legalmente incaricato di amministrare, sia dalla persona che è legalmente incaricata di amministrare i suoi, gode della stessa prerogativa.

Tali sono l'erede, allorchè fu pronunziata la sentenza contro colui a cui egli succede.

Il compratore rispetto alle sentenze da eseguirsi contro di lui, quantunque pronunziate contro il venditore. (*Colmar*, 28 *maggio* 1806). Vale lo stesso pel cessionario relativamente al cedente.

Ma il venditore e il cedente non possono a loro volta appellare dalla sentenza pronunziata contro il compratore ed il cessionario, purchè però, rispetto al secondo, l'atto di cessione non sia stato notificato ai terzi interessati. (*Bordeaux*, 29 *aprile* 1829. *Sirey*, *t.* 29, *pag.* 350.).

Per lo che i creditori possono benanche appellare dalla sentenza pronunziata, contro il loro debitore (*art.* 1066 +1022 *del cod. civ.*) vedine le applicazioni nelle decisioni della corte di Besançon, 3 agosto 1808, di Poitiers 6 luglio 1824 (*Sirey*, *t.* 25, *p.* 329) di Bordeaux 7 dicembre 1829, di Lione 21 dicembre 1831, e della corte di Cassazione 13 novembre 1833 e 7 febbrajo 1832.

Il fidejussore può appellare dalla sentenza pronunziata contro il debitor principale, con cui egli riputavasi costituire una sola ed identica persona, ma soltanto in ciò che risguarda i motivi che fossero comuni e non già personali a se stesso, e purchè non siesi già verificata la eccezione di decadimento contro il debitore principale. (*Grenoble* 18 *gennaio* 1832.)

Il tutore può appellare dalla sentenza pronunziata contro una persona poscia interdetta,

e della quale egli ha assunto la tutela; ed il minore addivenuto maggiore, può appellare dalla sentenza pronunziata contro il suo tutore. Rispetto al tutore surrogato, vedi la quist. 1592.

Il marito può interporre appello avverso la sentenza pronunziata contro la moglie prima del matrimonio relativamente ai beni di cui egli ha l' amministrazione, ma non potrà appellare dalla sentenza pronunziata personalmente contro di lei dopo il matrimonio, sotto pretesto di non essere stata autorizzata; poichè non ispetta a lui, che non è parte in giudizio, di produrre appello; ma egli deve soltanto autorizzar la moglie e farla agire. (*Parigi*, 5 *aprile* 1826; *Gaz. de' tribunali del* 6.)

I sindaci e gli agenti del fallimento possono interporre appello a nome dei creditori. (*Parigi*, 23 *aprile* 1812; *Sirey*, *t.*14, *p.*31; *Dalloz t.* 2, *p.* 67).

Il ministero pubblico può produrre appello avverso la sentenza che reca pregiudizio ad un assente (*Tolosa*, 24 *marzo* 1836) e secondo Locrè, *spirito del cod. di comm.*, t, 9, p. 186, in tutti i casi, allorchè trattasi di una incompetenza *ratione materiae*, ma questa decisione sembraci potersi oppugnare.

Essendo il fallito spogliato dell'amministrazione dei suoi beni non può produrne appello; ma, tacendo i creditori, non può il publico ministero a suo arbitrio far dichiarare inammissibile un tale appello. (*Bordeaux*, 31 *gennajo* 1832.) Pertanto il dritto di appellare è accordato al fallito allorchè conchiude una convenzione coi suoi creditori. (*Rennes* 4 *ottobre* 1811; *Dalloz*, *t.* 14, *p.* 293.)

Tutti questi particolari sono riassunti da Talandier nei n. 4 a 34.]

[1581 *ter. Chi può e deve essere appellato?*

Per regola generale bisogna citare, sull' appello, qualunque persona la quale essendo stata parte in una sentenza impugnata ha un interesse perchè venga conservata, sotto pena di veder che la sentenza acquisti forza di cosa giudicata a favor di coloro che non saranno stati citati (tranne se si tratta di materia indivisibile, ved. la quist. 1565), o anche di veder restare senza effetto l' appello prodotto contro talune parti soltanto, laddove la causa non possa essere giudicata se non in presenza di tutte le parti. (*Rennes*, 20 *agosto* 1812).

Ma non bisogna affatto, e neanche si può, sull'appello, citar quelle persone le quali avendo figurate in prima istanza, non hanno però alcun interesse alle controversie che fa rinascere l' appello, e tanto meno quelle che non furono parti in giudizio.

Questo evidente principio fu applicato dalla corte di Rennes, 3 febbrajo 1815 e 13 agosto 1813, e da quella di Parigi 6 marzo 1815. (*Sirey t.* 16, *p.* 329.) Conseguita forse da ciò che il fallito non possa esser citato nell' appello prodotto avverso la sentenza nella quale figurarono i sindaci dei suoi creditori? Che sì, secondo la corte di Parigi, 18 giugno 1812. Ma la corte di Brusselles, ai 29 giugno 1836 (*gior. di Bruss. t.* 2 *del* 1836, *p.* 462) ritenne che la moglie nella comunione dei beni poteva esser citata nell'appello prodotto avverso la sentenza che interessava la comunione e nella quale suo marito soltanto era comparso, riputandosi esservi stata da lui rappresentata. Or i sindaci sono tanto i rappresentanti del fallito che quelli dei creditori; dondo sembraci risultare una decisione contraria a quella testè citata della corte di Parigi. Del resto la corte di Cassazione, ai 19 aprile 1826 (*Sirey t.*27, *p.* 198) decise che il fallito può continuare l' appello abbandonato dai sindaci a nome dei creditori, il che sembra giustificare la nostra opinione.

Per altro non potrà impugnarsi che lo stesso fallito debba esser citato allorchè con una sentenza di omologazione sia stato rimesso alla testa dei suoi affari. (*Colmar*, 21 *marzo* 1836.)

È inutile far osservare che se due convenuti han figurato in prima istanza, relativamente a due capi distinti di dimanda, la parte che produce appello avverso di un capo soltanto non ha bisogno di citare che quello soltanto dei suoi avversari il quale era per questo capo interessato; la presenza dell' altro, lungi di esser utile, sarebbe frustranea. (*Rennes*, 24 *luglio* 1810; *Sirey t.* 14, *p.* 134.)

Ma allorchè più parti doveano esser citate e si è trascurato di chiamarne alcune, non si è più ammesso a riparare tale omissione, dimandando alla corte di ordinare che fussero messe in causa. Che se non si è più in tempo per appellare regolarmente, bisogna soggiacere a tutte le conseguenze della commessa mancanza. (*Bordeaux*, 22 *marzo* 1831.)

Che se nulladimeno la parte non appellata si

presenti volontariamente, costituisca il patrocinatore e si riunisca alle conclusioni delle altre parti appellate, essa non può più sotto pretesto di non essere stato prodotto alcuno appello contro di lei, farsi escludere dalle narrative. (*Metz*, 22 *novembre* 1827).

Nel caso in cui la parte la quale ha ottenuto e fatto notificar la sentenza, abbia posteriormente ceduti i suoi dritti ad un terzo, non è assolutamente necessario, anche dopo la notificazione della cessione, di citare il cessionario sull'appello. (*Douai*, 5 *marzo* 1817 *e Treves* 3 *giugno* 1807; *Sirey*, *t.* 7, *p.* 304; *Dalloz*, *t.* 28, *p.* 196.) L'appellante non può esser costretto a discutere i suoi dritti con un altro diverso dal suo creditore primitivo, la cui presenza può essere indispensabile ad oggetto di rispondere a dei fatti personali, ad interrogatorî e ad altri atti stranieri al cessionario. Epperò sarà libero di citare quello stesso con cui fu pronunziata la sentenza.]

ART. 443 + 507.

[1581 quater. IN MATERIA DI GARENTIA, 1. *chi può e deve appellare? Chi può e dev'esser citato ?* 2. *Quali sono gli effetti della chiamata dell' attor principale, del garante o del garentito ?* 3. *Quali sono gli effetti delle notificazioni delle sentenze per i termini d' appello contro l' attor principale, il garentito ed il garante ?* (1)

In fine delle pagine consacrate dal saggio Autore delle *Teorie* alla disamina degli articoli del codice di procedura relativi alla garentia, si leggono i seguenti versi (*tom.* 3, *pag.* 426):

« In generale il garante ha dritto a far valere tutte le eccezioni e tutt' i motivi di difesa non presentati dal garentito, e di far uso di tutt' i mezzi da lui trascurati. Questa proposizione, sì semplice e naturale, non è per altro scevra di difficoltà; le quali più particolarmente risguardano le teorie dell' appello. Io ne dirò qualche cosa parlando di coloro che possono appellare »

Ah! perchè non è a noi concesso di restituire la vita a questo illustre giureconsulto sì crudelmente rapito alla scienza, per ottenere dal suo genio la soluzione di sì inestricabili difficoltà !

Noi abbiam già confessato (*quistione* 771 *bis e* 776) che la materia della garentia presentava quistioni quasi insolvibili. Lo stesso Boncenne temeva di essere accusato di aver travisata qualche verità per precipitarsi nell' assurdo.

Appena Merlin (*tom.* 7, *pag.* 335 *e segu*) osa pronunziarsi . . . .

Sono questi de'dubbî che ci facciamo a sommettere ai nostri lettori, stimandoci felici se lo sviluppamento di essi spanda qualche lume sull'oscurità che fa nascere il silenzio della legge, e se altri più valenti di noi traccino una via che il litigante possa seguire con intera sicurezza. Ecco il nostro avviso sulla presente quistione.

Noi ritenemmo (*quistione* 1003 *bis*) che gli atti del giudizio e della istanza debbono notificarsi dall' attor principale a tutte le parti, *garentite e garanti*, allorchè il giudizio è contestato in tempo utile tra queste diverse parti.

Sostenemmo benanche (*quistione* 621 *sexies*) che l' art. 153, sulla riunione di contumacia, non applicavasi affatto ai chiamati in garentia; « In qual modo, ha detto Boncenne, l' attore dovrebbe novellamente citare coloro che non avea l' obbligo di dover citare? »

Noi riteniamo queste due soluzioni, aggiungendo che se la legge ha permesso la chiamata in garentia ed ha introdotto nel giudizio un nuovo convenuto senza la partecipazione dell' attor principale, si è sotto la espressa condizione di non ritardarsi mai la sentenza a causa della presenza di questo nuovo avversario.

Boncenne, tom. 3, pag. 388, espose con una rara chiarezza la teoria del sistema della procedura di garentia in prima istanza. « Questa materia di garentia merita un' attenzione particolare. Forse in generale non si rende un conto molto esatto dell' indole dell'azione di garentia, della sua influenza sull'azione originaria, delle condizioni che le uniscono e degli incidenti che le disgiungono.

Laonde, dopo aver letto Boncenne, si potrà rettamente valutare le *evoluzioni*, *gli incidenti e le disgiunzioni* del primo giudizio.

Ma se fosse stata già pronunziata la sentenza diffinitiva, quali sarebbero i doveri e i diritti rispettivi delle parti, per ciò che risguarda la cosa giudicata risultante dallo spirar dei termini ?

(1) [Noi abbiamo riunito in una sola quistione tutto ciò che risguarda la garentia, per far ben comprendere le varie specie di questa grave difficoltà, che da Carrè fu per una sol volta e transitoriamente trattata.]

La procedura, l'antica *litis contestatio* dei Romani, ha prodotto forse fra le parti un tutto indivisibile?

No, certamente. La soluzione da noi data alla quistione 1565 tende a stabilire che non mai un'istanza può attribuire ad una materia il carattere della indivisibilità.

Epperò la materia è rimasa ciò che era prima dell'istanza, essenzialmente divisibile.

Ma i principi della indivisibilità sarebbero nullameno applicabili, per la ragione che i diversi obbligati non essendo tali verso la medesima persona, l'oggetto della obbligazione sarebbe uno, e l'obbligo dell'uno sarebbe subordinato a quello dell'altro, il che stabilirebbe fra gl'interessi del garante e del garentito una tale connessione che la istanza presenterebbe tutt'i caratteri della indivisibilità, e dovrebbe produrne tutte le conseguenze?

Noi respingiamo l'affermativa, poiche vi sono due diversi rapporti, uno dell'attore principale col garentito e l'altro del garentito col garante. È indubitato che il garentito ed il garante sono scambievolmente interessati affinchè nulla si faccia a favore o contro l'uno senza che l'altro sia presente, ma la connessione d'interessi non ha mai prodotto la indivisibilità.

Pria d'introdurre la istanza innanzi ai primi giudici, esistevano i rapporti d'interesse; ma vi fu bisogno che la legge permettesse la loro riunione in una sola procedura, perchè potesse aver luogo siffatta riunione. Dopo la sentenza, le parti ritornano in una posizione identica, quantunque non sia più la medesima. Spetta a ciascuna di essa di ricercare, secondo il suo interesse ben' inteso, qual'è l'avversario che chiamerà in giudizio, senza che l'atto fatto contro uno de' suoi avversari possa e debba riflettere necessariamente contro dell' altro.

Sovente si è detto, e con ragione, che l'appello era un novello giudizio; e questo adagio inoppugnabile conferma il principio da noi or ora stabilito.

Però noi abbiamo inteso ragionar finora soltanto in materia di semplice garantia. La garentia formale può presentare eccezione: essa va regolata con principi che la riguardano direttamente, e le soluzioni relative alla garentia semplice possono non avere alcuna influenza sulle quistioni di appello di garentia formale.

Noi non confonderemo, siccome fece Talandier, pag. 510, i casi di garentia con quelli di solidalità, ed abbiamo già sviluppato, nella quist. 1565, tuttoccio che risguarda questa posizione particolare, sia per rispetto agli appellanti, sia rispetto alle parti appellate.

Quali regole dovran dunque seguirsi in fatto di garentia formale?

Tutte quelle relative alla garantia semplice, laddove il garante non abbia assunta la causa del reo principale. Tra il garante ed il reo principale, poteva esservi un cangiamento di posizione che metteva l'uno in primo luogo ed eliminava l'altro dal giudizio, con questa condizione però che tuttociò che si farebbe contro il novello convenuto sarebbe eseguito contro l'antico. La legge costringeva in questo caso l'attore ad accettare questo novello convenuto, essendo sufficiente la condizione per mettere in salvo i suoi interessi. Che se non ebbe luogo il detto cangiamento, non si vede più figurare nel giudizio che un' attore, un convenuto ed un chiamato in garentia; e questo chiamato in garentia può sostenere non aver mai venduto, o di aver venduto a danno e pericolo del compratore. È questa una controversia fra lui e quello che vuole assumere la parte di garantito; nè tale controversia interessa menomamente il debitor principale: e, quando anche essa portasse con se taluni atti di procedura tali da ritardare la sentenza sulla dimanda principale, sarà pronunziata la disgiunzione. — Allorchè poi il garante non ha assunto la causa del reo principale, e che la detta sostituzione non abbia avuto luogo, nulla cangiasi nella posizione primitiva; poichè la qualità incerta delle parti (non essendosi espressa alcuna volontà) non può avere alcuna influenza sulle loro rispettive obbligazioni.

Ma se il garante ha assunto la causa del reo principale, e che costui sia stato messo fuori causa, non vi ha più convenuto originario; egli è per così dire cancellato dalla nota delle parti in giudizio, e si andrà a ricercarlo a sol'oggetto di eseguire contro di lui le sentenze pronunziate contro quello che ha chiamato il suo garante. In tal modo resterà in causa, per mera formola, o per sorvegliare ai suoi interessi, nel caso in cui dal carattere del suo garante avesse a temere qualche collusione. L'appello dovrà essere interposto dall'at-

tore principale contro il garante, o dal garante contro l'attore principale, senza che alcuno di essi tema alcuna eccezione di decadimento risultante dalle intimazioni fatte al garentito o da costui: e se questo garentito interponesse appello, il suo appello non avrebbe alcuna forza, poichè egli non era più in causa.

Ma se non fusse stato nè ordinato nè richiesto di esser messo fuori càusa, rimane soltanto l'azione del garante che ha assunto la causa del reo principale, il quale ha renduta propria la causa del primo, ed ha litigato come un vero convenuto contro l'attore principale. Che cosa decidere dopo la sentenza pronunziata a favore dell'attore, o contro di lui, rispetto al valore delle differenti intimazioni, acquiescenze, appelli incidenti ec. ec.?

A quest' unico punto riducesi, secondo noi, la difficoltà, la cui soluzione non cessa di essere molto imbarazzante.

I garanti ed i garentiti saran forse considerati come una sola e medesima persona? ma allora la materia è dichiarata indivisibile, e verrebesi con ciò a cangiare la natura stessa delle cose; poichè non vi ha cosa più divisibile quanto una condanna ordinaria; e perchè d' altronde preoccuparsi della divisibilità? Rispetto all'attore, sì il garante che il reo principale deve l' intero; importa poco all' attore chi dei due lo soddisfi. Per quanto risguarda gli effetti della dimanda di garentia fra il reo principale ed il garante, l'attore è interamente fuori giudizio, ed il reo principale ed il garante potrannno rispettivamente discutere le loro pretensioni chiunque sia stato colui che fu costretto a pagare l' attore principale.

Che se tra il reo principale ed il garante si potesse ammettere la solidalità o la indivisibilità, sarebbero applicabili tutti i principi della nostra quistione 1565, e le regole sulla garentia non presenterebbero alcun dubbio.

La indivisibilità o la solidalità presentano caratteri diversi, essendo ciascuno dei debitori costretto a pagare l' intero, qualunque sia la posizione dei suoi condebitori, tal che la condanna ottenuta dall'attore contro uno di essi, vale contro gli altri.

Ma non così, in fatto di garentia formale.

Il reo principale ed il garante che ha assunto la causa del reo principale non hanno lo stesso interesse; se il garante è solvibile, il reo principale non corre alcun pericolo; se egli perde la cosa, otterrà il prezzo ed i danni ed interessi

L' art. 181 + 278 confonde nella stessa prescrizione i giudizi in cui il garante ha assunta la causa del reo principale, e quelli in cui non l'abbia assunta; epperò rispetto all'attor principale, ogni qual volta il reo principale non è stato messo fuori causa, il giudizio presenta il duplice carattere di una dimanda principale e di una dimanda di garentia.

Perchè dunque non applicare allora i principi relativi al caso della garentia semplice?

Discendiamo ora da tali generalità alle posizioni particolari nelle quali, dopo una sentenza di prima istanza, possono trovarsi un *attore principale* ed un *garante*.

I. *Il garante ha il dritto di appellare contro l' attor principale?*

1. No, poichè egli non è soggiaciuto direttamente con lui ad alcuna condanna, e poichè la controversia rispetto al garante non esisteva che contro il reo principale.

Se dunque il garante produce appello contro l' attor principale, costui lo farà rigettare, come quello ch' è senza interesse, e come prodotto da una persona senza qualità; all' indarno il garante vorrà sostenere che il silenzio del reo principale non gli pregiudica, lasciando sussistere, senza impugnarla, una condanna che egli stesso deve riparare. No, egli non sarà obbligato a ripararla, se dimostri contro il reo principale essere ingiusta la condanna pronunziata contro di costui, e che avrebbe potuto e dovuto farla rivocare. Epperò i suoi interessi sono in salvo, mediante il gravame che ha diritto a produrre contro il reo principale, suo vero avversario.

Ecco la conseguenza naturale e diretta dei principi da noi stabiliti; ma non dobbiamo dissimulare che questi principi sono combattuti e la loro conseguenza rigettata da una imponente giurisprudenza, e dalla quale risulta che il garante, tacendo il reo principale, potrebbe produrre appello contro l'attor principale.

Noi indichiamo le decisioni sulle quali è fondata tale giurisprudenza: Cass. 1 brum. anno 13 (*Giorn. de' pot. tom.* 14, *pag.* 423); 10 marzo 1829 (*Giorn. dei pat tom.* 38, *pag.* 236); 2 giugno 1836 (*Dalloz*, *t.* 30 1. 277); Rennes, 2 giugno 1808; Douai, 28 aprile 1815 (*Giorn. dei pat. tom.* 14, *pag.* 423);

Tolosa, 25 gennaio 1822 (*Giorn. di pat.pag.* 29, *tom.* 21), e 16 novembre 1825 (*Giorn. de' pat. tom.* 30, *pag.* 350); Metz, 27 feb. 1822 (*Giorn. de' pot. tom.* 21, *pag.* 59); Poitiers, 7 dicembre 1830 (*Giorn. de' pat. tom.* 40, *pag.* 267); Orleans, 30 sett. 1832); (*Giorn. de' pot. tom.* 2 *del* 1833, *pag.* 230); Agen, 25 gen. 1832 (*Giorn. de' pat. tom.* 46 *pag.* 146) e Cass. 11 maggio 1830 (*Giorn. de' pat. tom.* 54, pag. 79).

Tutte queste decisioni furon pronunziate indifferentemente sopra casi in cui trattavasi sia di garentia semplice, che di garentia formale. La corte di Poitiers ha benanche espressamente applicata la decisione ad un caso di garentia semplice, alli 11 marzo 1830 (*Giorn. de' Pat.*, *tom.* 39, *pag.* 130). E pertanto la stessa corte, a' 22 dicemb. 1829. (*Giorn. dei Pat.*, *tom.* 41, *pag.* 582) avea deciso che il garante semplice non potea interporre appello per rispetto all' attor principale, non potendo il suo appello esser validamente diretto se non contro il reo principale.

Quest' ultima decisione è la sola che consacra il nostro sistema.

2. A maggior ragione dovrem dire che l'attor principale non ha nulla a temere dall' appello del garante allorchè fece incorrere nella decadenza il reo principale, o abbia ottenuto la sua acquiescenza.

Non deve forse l' attor principale, nel silenzio, nell' acquiescenza o nell' esecuzione del suo vero avversario, rinvenire una perfetta sicurezza? Non appena ha egli ottenuto da lui ciò che dimandava, deve forse incaricarsi delle controversie particolari che possono esistere tra il reo principale ed il suo garante? I rapporti scambievoli di costoro gli sono perfettamente stranieri; e soltanto fra questi ultimi può continuare la lite.

Ma anche su questo punto la giurisprudenza ci è contraria, e partendo dal principio che il garante ha contro l' attore principale dei diritti personali e distinti, essa ne conchiude che il termine per l' appello non decorre contro al garante dal giorno in cui fu notificata la sentenza al reo principale, che l' autorità della cosa giudicata acquistata contro di costui non liga affatto il garente, Metz, 25 giugno 1825 (*Giorn. di questa corte*, *tom.* 5, *pag.* 294), Cassaz. 10 marzo 1829 (*Giorn. dei Pat. tom.* 38, *pag.* 236), e 2, dicemb. 1833 (*Giorn. de' P. tom.* 46, *pag.* 290), e che la stessa acquiescenza del garante alle condanne contro di lui pronunziate a favore dell' attore originario, non fa perdere al garante il suo diritto di appellare contro l' attore; *Metz*, 19 *luglio* 1827 (*Giorn. di questa corte*, *tom.* 5, *pag.* 710), Cassaz. 31 agosto 1818 (*Giorn. dei Pat. tom.* 14, *pag.* 470); e 2 dicemb. 1833 (*Giorn. dei Pot.*, *tom.* 46, *pag.* 290. DEVILL 1834. I. 135.)

II. *L' attore principale può e deve produrre appello contro il garante?*

La corte di Lione ritenne l' affermativa ai 14 dicembre 1827 (*Giorn. dei Pat.*, *tom.* 35, *pag.* 309). Ma la decisione non ci sembra ragionevole. Che cosa importa all' attor principale che il garante sia o non sia in causa? Qual' interesse ha egli che il convenuto condannato ottenga oppur no la sua garentia? Non incumbe forse a costui soltanto di ritrovare i mezzi necessari per procurarsela? a notificare tutti gli atti della lite che debbono far rivivere il giudizio col suo garante? L' attor principale nulla ha da dimandare a costui; nè è obbligato a mantener con lui alcuna specie di relazione. Siffatta teoria fu consacrata dalla corte di cassazione ai 9 genn. 1827 (*Giorn. dei Pat. tom.* 33, *pag.* 40) e 5 dicemb. 1836 (*Giorn. de Pat. tom.* 53 *p.* 418. *Devill.* 1837. I. 540.

Che se l' attor principale chiama nulladimeno il garante in causa in un modo diretto, può allora il convenuto esercitare la sua garentia contro di lui per mezzo di semplici conclusioni di patrocinatore a patrocinatore senza fargli una diretta citazione; Bourges, 29 luglio. 1811 (*Giorn. dei Pat. tom.* 14, *pag.* 439).

Del resto il principio da noi or ora applicato, in materia di garentia formale, non ha più luogo, allorchè, avendo il garante assunto a se la causa, il reo principale siasi ritirato dal giudizio. Non vi ha dubbio che in questo caso soltanto il garante dev' esser citato sull' appello, poichè egli solo è rimaso parte in giudizio; ma non sarebbe però lo stesso se il reo principale non fosse stato messo fuori causa, poichè costui non essendo in tal caso rappresentato dal suo garante, l'atto di appello o il ricorso in cassazione dovrebbe dall' attore dirigersi contro il reo principale, e se si dirigesse contro il garante, la sentenza o la decisione acquisterebbe forza di cosa giudicata a van-

taggio del reo principale, siccome fu deciso dalla corte di cassazione a' 17 novembre 1835 (*Giorn. de' pat. tom* 50, *pag*. 127).

La corte di Metz ai 22 novembre 1827 (*Giorn. di questa corte*, *tom*. 5, *pag*. 759) sembra aver riconosciuto, al pari della corte di Lione, che l'attore principale può produrre appello contro il garante, avendo essa deciso che la decadenza incorsa dall' attore principale contro il garante non giova al reo principale. Per altro questa quistione non presenta alcun interesse al nostro sistema.

III. *Contro chi ed in qual caso il reo principale può produrre appello? Chi può produrre appello contro di lui?*

Il reo principale può produrre appello, sia contro l' attore principale in contradizione del quale egli ha soccumbuto, sia contro il garante, allorchè essendo soggiacinto alla condanna principale, non ha ottenuto alcuna garentia.

Esso può benanche incorrere separatamente nel decadimento per rispetto all' uno, senza che questo reagisca sopra i suoi dritti contro dell' altro.

Egli è pure esposto ad esser citato in appello, sia dall' attore che non ha ottenuto quanto avea dimandato col suo atto di citazione, sia dal garante contro di cui ha ottenuto il suo regresso. Ma liberandosi dall'appello per parte di uno mediante una intimazione, rimane sempre esposto all' appello dell' altro.

IV. *Il convenuto condannato che ottiene la sua garentia ha nulla meno il dritto di produrre appello contro l' attore principale?*

Sì, senza dubbio, non potendo essergli rifiutato questo dritto sotto pretesto che la garentia da lui ottenuta non gli fa avere alcun interesse per la rivocazione della sentenza. Non potrebbe egli forse preferir la cosa di cui si vede privato ai danni ed interessi che il garante sarebbe obbligato accordargli? Non è forse possibile benanche ch' egli non riposi troppo sulla solvibilità del garante? Perlochè la corte di cassazione, 25 gennaio 1814, (*Giorn. de'pat. tom*. 14, *pag*. 450) e di Parigi, 13 febbraio 1826 (*Giorn. de' pat. tom*. 31, *pag*. 166), ritenne che il reo principale potea sempre produrre appello contro l' attor principale.

E d' altronde l' attor principale non può mai ingannarsi di ciò che si passerà tra il convenuto ed il suo garante.

V. *Se il reo principale appella contro l' attor principale, qual' è l' effetto di quest' appello?*

Quest'appello rimetterà le cose in quistione, tanto rispetto al garante che in risguardo al reo principale: poichè la condanna del primo non essendo che la conseguenza del secondo se il reo principale giunge a farsi discaricare dalla prima, egli non avrà alcun interesse, e per conseguenza non avrà alcun dritto a procedere per la esecuzione della condanna da lui ottenuta contro il garante. Facendolo, renderebbe migliore la sua condizione a spese altrui, il che è contrario ai primi principî della giustizia.

Ma se, anche soggiacendo ad una condanna rispetto all' attor principale, il convenuto non abbia ottenuto alcun regresso contro il suo garante, bisogna, per poterlo dimandare in grado di appello, che egli citi benanche il garante.

Che se all' opposto, nel caso che il reo principale ed il garante fossero stati entrambi assoluti, l'attor principale producesse appello contro il garentito, questi per conservare i suoi dritti non ha bisogno d' intentare un appello particolare contro il garante; imperocchè egli non può dolersi di non essersi pronunziata una garantia della quale non avea alcun bisogno, e non recandogli la sentenza alcun torto, è a lui vietato il mezzo dell' appello; il che non impedisce ch' egli possa e debba citare il suo garante, per mezzo di semplice intervento innanzi la corte di appello, siccome fu deciso dalla corte di Rennes, il 2 dicembre 1811 (*Giorn. de' pat. tom*. 3, *pag*. 345); di Metz, 28 novembre 1820 (*Giornale de' pat. tom*. 14, *pag*. 474), e di Bordò, 5 agosto 1828 (*Giorn. de' pat. tom*. 36): poichè se egli non citasse il garante in grado di appello, la rivocazione della sentenza potrebbe essergli fatale.

VI. *L'appello del garante contro il reo principale libera costui dal decadimento nel quale fosse incorso rispetto all' attor principale?*

Che no, poichè non vi sarebbe ragione alcuna per rendere al reo principale un dritto da lui perduto per propria colpa, nè per privare l'attor principale del beneficio risultante da un decadimento da lui legittimamente acquistato.

All' indarno dirassi, colla corte di cassazione, 31 agosto 1818 (*Gior. de' pat. tom*. 14, *p*. 470), che il reo principale può aver prestato acquiescenza in un modo tacito o espresso nell'idea soltanto che il suo garante riconoscendo, al par di lui, la giustizia della condanna prin-

cipale, non avesse cercato di far rivocare quella parte che pronunzia la garentia. Ma è questa una temeraria fiducia, le cui conseguenze debbono ricadere a danno del reo principale.

D' altronde, se si ammettesse che il procedimento del garante diretto contro al reo principale potesse nuocere all' attor principale, si metterebbe costui in una posizione di dipendenza per uscir dalla quale la legge non concederebbegli alcun mezzo.

Di fatti, qual sarebbe la via da tenersi dall' attor principale per acquistar contro il convenuto un decadimento diffinitivo dal quale quest'ultimo non potesse esser liberato dall'appello del garante?

La notificazione ch'egli farà fare al reo principale, non avendo effetto che contro costui personalmente, non impedirà affatto al garante di produrre il suo appello, e per conseguenza di rendere al reo principale la facoltà che avea perduta.

Notificando direttamente la sentenza al garante, l' attore principale non farà che un' atto inutile, poichè, non avendo il garante il dritto di appellare contro di lui, non potrà farlo incorrere in alcun decadimento. Ed anche supponendo che il garante potesse appellare contro l' attor principale, la notificazione che costui gli farebbe della sentenza non avrebbe altro effetto se non quello di far decorrere il termine di appello a suo vantaggio, non potendo la notificazione di un atto qualunque esser utile ad altro che a colui che la fece fare.

Rispetto al reo principale, questa notificazione, che sarebbe a lui straniera, non lo metterebbe in salvo l' alto appello del garante; e per conseguenza, secondo il sistema da noi combattuto, non potrebbe recare alcun vantaggio all'attor principale, risguardo al quale ogni cosa sarebbe rimessa in quistione dall'appello legitimamente prodotto dal reo principale.

Soltanto la notificazione fatta dal reo principale al garante può togliere a costui la facoltà d' appellare, ed assicurar con ciò la stabilità dei diritti tanto del garantito che dell' attor principale.

Or dipende forse dall'attor principale di costringere il garantito a fare tale notificazione? No, certamente.

Sarebbe egli dunque la vittima di una combinazione contro i di cui effetti non gli resterebbe alcun' arma per difendersi.

VII. *L' appello del garante contro l' attor principale libera il reo principale dal decadimento in cui è incorso?*

Noi abbiamo stabilito dapprima che il garante non ha il dritto di produrre appello contro l' attor principale, poichè egli non soggiacque ad alcuna condanna.

Epperò l'attual quistione è inutile ed oziosa.

Pertanto le numerose decisioni che l' hanno esaminato e risoluta per l'affermativa, han dovuto supporre o che vi fosse indivisibilità, opinione che già dimostrammo esser poco fondata, e che giusta la nostra quistione 1565, non tenderebbe ad altro che a fare estendere al garante il decadimento una volta acquistato contro il reo principale, o che, esercitando il garante i dritti ed assumendo la causa del reo principale, questi si liberasse completamente per rimettere la cura de' suoi affari al primo.

Ma questa supposizione è regolare sol quando il garante formale abbia realmente, in prima istanza, assunta la causa del reo principale, e che costui sia stato messo fuori giudizio.

Merlin (*quistioni di dritto alle parole* appello incideute, §. 5, *tom* 7, *pag*. 362) sembra applicarla a tutt'i casi in cui si assume la causa del reo principale, senza disaminare se questi sia stato oppur no messo fuori giudizio. Cotesta confusione sembraci contraria a'principi.

La corte di cassazione uniformemente alla nostra opinione, decise ai 18 luglio 1815 (*Giorn. de' pal. tom.* 14, *pag*. 458). che l'appello del garante contro l' attor principale non libera il garantito dal decadimento in cui è incorso. Gli è vero che trattavasi in questa specie di una garentia semplice. Merlin *loc cit.* e Talandier, pag. 508 e segu. n. 421, spiegano questa decisione, dicendo che, nel caso di una garentia semplice, l' appello del garante non libera il garentito ma che diversamente accade trattandosi d' una garentia formale.

In quanto a noi, sembra certo, finchè il reo principale non sia stato messo fuori causa, esser egli il vero e solo avversario dell'attor principale, e per conseguenza il garante non può produrre appello contro questo attore, donde segue che la quistione da noi discussa è senza oggetto.

VIII. *Se una sentenza sia stata pronunziata in contraddizione del reo principale ed in contumacia del garante, la opposizione di quest' ultimo fa risorgere la causa fra gli altri?*

In conseguenza de' nostri principi, la cui applicazione in questo caso è ben naturale, bisogna ritener la negativa.

Ed in vero, come supporre che l' attor principale il quale ha ottenuta una condanna diffinitiva e pronunziata in contraddizione rispetto al convenuto, possa vederla paralizzare dalla opposizione di una terza parte i cui dritti ed interessi non han nulla di comune con i suoi?

Un siffatto sistema l'obbligherebbe ad aspettar sempre, prima di far pronunziar la sentenza, che la causa si trattasse direttamente col garante, e questa obbligazione è in opposizione formale colla regola la quale esige che l'azione di garentia non rechi mai alcun ritardo alla sentenza della causa principale.

Pertanto una decisione della corte di cassazione delli 11 maggio 1830 (*Giorn. de' pat*, *tom.* 54, *pag.* 79), da noi già citata come contraria al nostro sistema sugli effetti dell' appello in materia di garentia, ha bensì ritenuto che la opposizione del garante ad una sentenza pronunziata in sua contumacia, rimette in quistione la condanna principale pronunziata da questa sentenza in contraddizione dell' attore col reo convenuto: « Considerando, sta detto nel» la citata decisione, che le condanne pronun» ziate contro il garante, essendo la conseguen» za di quelle pronunziate contro i convenuti » principali, e dipendenti necessariamente dal» la legittimità di quest' ultime, il garante ha » potuto legalmente produrre opposizione alla » sentenza la quale pronunziava siffatte con» danne principali, e riporre la causa in qui» stione, poichè dall' annullamento delle di» sposizioni della sentenza in principale dipen» deva la sua assoluzione dalla garentia. »

Tutto ciò è vero, laddove si vogliano applicar conseguenze soltanto a' dritti rispettivi del garante e del reo principale. Laonde, per evitare gli effetti della condanna pronunziata in sua contumacia, il garante potrà contestare soltanto contro il reo principale la legitimità della condanna renduta contro di costui, perchè di fatti, siccome disse la corte di cassazione, la condanna del garante dipende dalla *legittimità* di quella del reo convenuto.

Ma la prima non dipende affatto dalla *esistenza* della seconda; d' onde segue che il garante non ha alcun interesse a fare annullare quest' ultima, nè per conseguenza il dritto di dimandarla.

IX. *Qual' è l' effetto della notificazione della sentenza fatta dall' attor principale al garante semplice?*

Questo effetto è nullo, poichè non avendo il garante semplice il dritto di produrre appello contro l' attor principale, costui non può far incorrere l' altro in alcun decadimento.

X. *Qual' è l' effetto della notificazione della sentenza fatta dall' attor principale al garante il quale ha assunta la causa del reo principale, senza che costui sia stato messo fuori giudizio?*

Questa notificazione non produce alcun effetto rispetto al garante, poichè non avendo il dritto di appellare contro l' attor principale, la notificazione per parte di costui, nulla gli fa perdere; nè contro il reo principale, il quale essendo il vero avversario dell' attore, dovea, per rimaner decaduto, ricevere una diretta notificazione.

In una parola, malgrado di avere il garante assunta a se la causa, essendo il reo principale rimaso in giudizio, e figurandovi sempre tre parti, reputasi ciascuno agir per se stessa, come in fatto di garentia semplice. I loro dritti sono sempre distinti, e spetta ad ognuno di essi vedere chi debbe fare la notificazione de' suoi atti nel suo proprio interesse.

XI. *Qual' è l' effetto della notificazione della sentenza fatta dall' attor principale al garante, allorchè il reo principale fu messo fuori causa?*

Il garante rimanendo allora il solo e vero avversario dell' attore, è chiaro che egli ha dritto di produrre appello contro di lui, e per una giusta reciprocanza l' attore ha la facoltà di far decorrere contro il garante il termine per lo appello, colla notificazione della sentenza.

XII. *Qual' è l' effetto della notificazione della sentenza fatta dall' attor principale al reo convenuto, o dell' acquiescenza prestata da costui?*

La sentenza notificata dall' attore al reo principale acquisterà la forza di cosa giudicata risguardo a colui che ha notificato, e contro chi ha ricevuto la notificazione; ma niente più di questo.

Il garante conserverà evidentemente il dritto di appellare contro il reo principale, e reciprocamente; poichè in qual modo potrebbe dichiararsi un decadimento fra due persone per l' effetto di un atto che emana da un terzo, ammenochè la legge nol dica espressamente?

Ma questo dritto del garante di rivolgersi contro il reo principale, e di far rivocare la

sentenza per la parte che pronunzia il regresso, non cangerà nulla alla condanna principale, la quale sussisterà senza che il reo principale possa servirsene contro il garante che potrà sempre rispondergli : « È vostra colpa, se la sentenza che vi condanna ha acquistata forza di cosa giudicata; voi avevate questo o quel mezzo per farla rivocare. Tale sentenza, per se stessa ingiusta, ha delle conseguenze irrevocabili contro di voi ; ma io posso ancora mettermi al coverto da quelle che mi pregiudicano, non essendo ancora contro di me decorso il termine di produrre appello. »

All' indarno opporrebbesi che tale decisione rende in qualche modo illusoria la facoltà concessa al convenuto di esercitare la sua garentia, anche dopo pronunziata la sentenza in principale. Noi risponderemmo che la scelta, fra la chiamata in causa e l' esercizio separato della garentia, non gli è concessa che a proprio rischio e pericolo, e che se egli sceglie un modo che può compromettere i suoi interessi, deve risentirne le conseguenze.

La pruova che la legge ha ammessa la possibilità di due sentenze contraddittorie, si è che anche nel caso in cui le due istanze, principale e di garentia, furono una volta riunite, il codice permette di disgiungerle, laddove la istruzione della seconda debba ritardare la sentenza sulla prima.

Che se la condanna principale dovesse necessariamente portar con se quella del garante, sarebbe forse permesso di togliere a costui il dritto da lui acquistato di difendersi nel giudizio originario ?

Del pari, l'acquiescenza prestata dal reo principale non potrà vietare al garante di produrre appello contro costui, ed evitar così gli effetti della condanna di garentia, quantunque la condanna principale produca i suoi.

Quanto questa decisione non sarebbe evidentemente più giusta, se, lungi di risentir gli effetti della condanna principale, il reo convenuto che ha prestata acquiescenza se ne vedesse discaricato dalla rinunzia dell' attor principale ?

Potrebbe allora certamente il garante far annullare la condanna sussidiaria che lo colpisce, poichè, senza di ciò, il reo principale renderebbe migliore la sua posizione a spese altrui.

Pertanto fu deciso il contrario dalla corte di Parigi ai 20 luglio 1826. (*Giorn. de' pal. tom.* 32, *pag.* 252). **La sua decisione è così** concepita.

La rinunzia fatta innanzi ad una corte dell'azione di revindicazione, formata da un terzo, relativamente a dei beni indebitamente compresi in un pignoramento d'immobili, non può opporsi all' aggiudicatario il quale, lungi d' interporre appello dalla sentenza che annulla la sua aggiudicazione, dichiari all' opposto di rimettersi a quanto fu deciso.

La ragione di ciò si desume dal perchè l'aggiudicatario, non avendo prodotto appello dalla sentenza che lo condannava, tale sentenza, per rispetto a lui, era passata in forza di cosa giudicata, e che per conseguenza niuno poteva privarlo del beneficio che ci trovava.

Leggendo i fatti siccome furono riferiti dal cancelliere in capo della corte reale, nel *Giorn. delle decisioni*, e nel *Giorn. de' Pat.*, *loco cit.* noi riconoscemmo nel procedimento un vizio soltanto, il quale per altro non dovea esser sufficiente per motivare la decisione la cui dottrina non crediamo poter adottare.

I sindaci ed il patrocinatore Sellier doveano soltanto dimandare alla corte atto della rinunzia della moglie Garnier ; che cosa avrebbe potuto fare in seguito Delaunay ? . . . avrebbe forse fatta valere la sentenza, che lo toglieva dal possesso, e che, in caso ne fosse stato tolto, gli accordava de' giusti indennizzamenti ? avrebbe forse voluto, usando di un' estrema mala fede, pretendere di avere avuto torto a dimandare in prima istanza i danni ed interessi, poichè la dimanda di evizione eragli più favorevole che svantaggiosa? No, certamente ; e se avesse osato farlo gli sarebbe stato risposto: *Nemo creditur allegans propriam turpitudinem suam.* La sentenza fu annullata in appello, per effetto della rinunzia ; in risguardo alla evizione ; ciocchè voi chiamate la parte dispositiva pronunziata in vostro favore non è che una conseguenza della evizione : voi non avete più nulla a temere dall' evizione, epperò nulla dovete esigere da coloro che vi fecero la vendita. Seguendo l' opposto sistema, sarebbe stato dunque necessario che i sindaci avessero interposto un' appello formale rispetto all' aggiudicatario, quando assumevano la sua causa come suoi garanti formali, e quando riconoscevano che in caso di evizione, eragli dovuto ciocchè avea ottenuto ? L' articolo 182 † 276 del codice di procedura civile espressamente

lo dice : Sempre il garante formale può assumere la causa del reo principale. Laonde, i sindaci litigavano in grado di appello non già per essi ma per Delaunay, la cui causa aveano assunta, e allorchè eglino difesero i dritti che aveano trasmessi, meglio forse di quello che lo avrebbe fatto egli stesso, sono condannati a riprendere la cosa venduta, ed a pagargli l' indennizzamento! Si oppone l' autorità della cosa giudicata della sentenza di Chalons; e se invece di tale sentenza, vi fosse stato un contratto stipulato innanzi notaro col quale i venditori avessero riconosciuto che la evizione dava l' obbligo per parte loro di una promessa d' indennizzamento, non volendo il reo principale desistere dalla lite se non a questa condizione, la rinunzia in grado di appello avrebbe ancora annullato cotesto contratto, poichè : *Cessante causa, cessat effectus.*

XIII *Se l' attor principale, la cui dimanda venne rigettata, decada dal dritto di potere appellare relativamente al reo principale, giova forse questa circostanza anche al garante?*

Che sì; poichè non appena è rigettata la dimanda originaria, non vi è più luogo ad agire contro il garante. Cassaz. 8 novembre 1831 (*Giorn. de' pat. tom.* 43, *pag.* 710). *Vedi* il §. precedente.

XIV. *L' appello incidente, prodotto all' udienza, è forse sempre permesso a quelle fra le parti in causa che si trovono citate?*

Sì, contro la parte che le ha citate, applicando le regole ordinarie stabilite sull' appello incidente (*vedi le quist.* 1572, 1573 *e segu.*). La corte di Limoges ha così deciso ai 20 gennaio 1823 (*Giorn. dei pat. tom.* 25, *pag.* 30), per rispetto all' appello incidente del garante intimato dal reo principale.

XV. *L' appello del garante contro l' attor principale, autorizza forse costui a produrre appello incidente contro il reo principale?*

Secondo i nostri principî, la presente quistione è benanche oziosa, perciocchè, o il garante è rimasto solo avversario dell' attore, essendosi il reo principale ritirato dal giudizio, ed allora tutto ciò ch' è fatto dall' attore contro il garante è comune al reo principale, il che rende inutile ed illegale qualunque atto personale spiccato contro costui; ovvero tutte tre le parti sono sempre in giudizio, ed in tal caso il garante non ha alcun dritto di produrre appello contro l' attor principale, e se lo fa senza dritto, il suo procedimento non può dare all' attore alcun vantaggio contro il reo principale.

Quindi malamente, secondo il nostro avviso, la corte di cassazione dichiarò due volte, ai 27 giugno 1820 (*Giorn. de' pat. tom.* 3, *pag.* 460), e 17 maggio 1825 (*Giorn. de' pat. tom.* 29 *pag.* 293) inammissibile l' appello del garante contro l' attor principale (*vedi ancora il* §. 10) in un giudizio di garentia formale in cui tutte le parti erano rimaste in causa; ma essa ha per lo meno ragionevolmente aggiunto che tale appello non potrebbe dar luogo all' appello incidente contro il reo principale. Merlin (*quist. di dritto alla parola* appello incidente, § 5, *port.* 2, *tom.* 7, *pag.* 365) biasima quest' ultima decisione, sostenendo che quando il garante ha assunta la causa del reo principale, costui è rappresentato dall' altro, talchè l' appello principale del garante deve autorizzare l' appello incidente contro il garentito: ma questa osservazione è contraria ai veri principî, allorchè il garentito non fu messo fuori causa.

XVI *Allorchè il convenuto principale, condannato sopra una dimanda diretta personalmente contro di lui, ed egli come risponsabile dei fatti di un terzo, erasi indotto a chiamare un' altro, il quale era stato assoluto, produce appello contro l' attor principale, può forse costui appellare incidentemente per la parte che assolve il terzo, quantunque la sentenza per rispetto al detto terzo, abbia acquistato l' autorità della cosa giudicata?*

Egli non può certamente dirigere alcun appello contro il terzo, il quale non è suo avversario, ed ha ottenuto una sentenza irrevocabile.

Ma questa irrevocabilità non giovando al convenuto principale, come noi già dicemmo, ne siegue che costui non è interamente in salvo, relativamente ai danni che può cagionare all' attor principale l' assoluzione del garante. Epperò potrà egli far rivocare la sentenza, in quanto che dichiarava il garante non aver commesso alcun errore e far condannare il convenuto ad indennizzarlo delle conseguenze di tale errore.

Una decisione della corte di cassazione, del 1 agosto 1820 (*Sirey*, 21. 1. 301, *e giorn. dei Pat.*, 3 *ediz. tom.* 16, *pag.* 78), avea ritenuto il contrario, fondandosi sull' inconve-

niente cui andrebbesi incontro per effetto di una tale contrarietà di sentenze.

Ma Merlin, *quist. di dritto*, alla parola *appello incidente*, §. 6, tom. 7, pag. 366, fortemente combatte questa opinione, facendo osservare che l'art. 480 + 544 § 6, non risguarda la contrarietà di sentenza come un mezzo pel ricorso civile, se non quando tali sentenze sieno state pronunziate fra le medesime parti; or, nel nostro caso, la prima delle due sentenze contraddittorie essendo senza autorità fra l'attore ed il convenuto principale da una parte, ed il garante da un'altra, la seconda sentenza, all'opposto, produrrà effetto soltanto fra l'attore da una parte ed il convenuto dall'altra, dovendo il garante rimanervi del tutto straniero.

Talandier, pag. 411, divide la opinione di Merlin.]

[1581 quinq. *Quali sono le sentenze da cui si può appellare?*

Puossi appellare da tutte le sentenze emanate dalla giurisdizione *contenziosa* (*vedi la nostra quist.* 378), purchè però la materia sia suscettibile dei due gradi di giurisdizione, e purchè contro l'appello non esista alcun mezzo d'inamisibilità risultante dall'acquiescenza, dallo spirar del termine ec. ec.

La nostra teoria sulla distinzione delle due giurisdizioni *volontaria* e contenziosa, che trovasi esposta nella quist. 378, sembraci sufficiente per risolvere tutte le quistioni che possono nascere su questo punto, e ci dispensa di esaminare una quantità di specie particolari che han dato luogo a varie decisioni giudiziarie.

La giurisdizione contenziosa è quella che pronunzia, e giudica fra due pretensioni rivali che la legge mette in veduta. La giurisdizione *volontaria* è quella che, senza alcuna controversia, concede o rifiuta ad una parte che si presenta sola, l'oggetto della sua dimanda.

Gli atti della giurisdizione contenziosa sono soggetti all'appello; non così quelli della giurisdizione *volontaria*.

Nel novero de' contraddittori che incontra questa teoria e che noi abbiam numerati *loc. cit.*, trovasi benanche Merlin il quale, stabilendo nelle sue quistioni di *dritto*, alla parola *appello incidente*, §. 1, n. 3, part. 1. e 2, tom. 7, pag. 167 e seg., la quistion di conoscere se le sentenze pronunziate ad istanza di una parte sola sieno suscettibili di appello, la risolve colla seguente distinzione.

Rispetto alla parte che ha presentato la dimanda e si duole della sentenza emanata, non vi ha altro mezzo di reclamare che l'appello, il quale dev' esser diretto innanzi a' giudici superiori sotto la forma di dimanda.

Ma la parte in contumacia della quale fu pronunziata la sentenza non può impugnarla che mediante opposizione, mezzo ordinario per coloro che non presentarono alcuna difesa.

Noi crediamo aver bastevolmente combattuto queste considerazioni, per non aver bisogno di ritornarci, sebbene Talandier, pag. 27 e seg. esponga un sistema ragguagliatissimo, inconciliabile col nostro.]

[1581. sex. *Si può produrre appello avverso le considerazioni di una sentenza? Si può appellare da una sentenza non ancora compilata?*

Noi abbiam detto nella precedente quistione potersi appellare da qualunque sentenza emanata dalla giurisdizione contenziosa.

Ma è chiaro che tuttocciò ch'è deciso è contenuto nel dispositivo della sentenza; ed essendo le considerazioni esclusivamente destinate a servir di sostegno, moralmente parlando, alla medesima sentenza, non possono costituire un motivo di reclamo nel merito del dritto e per conseguenza la parte che vince la causa nel dispositivo non ha alcuno interesse a farlo.

Gli è vero che fu deciso il contrario dalla corte di Colmar, ai 5 maggio 1812 (*Giorn. dei Pal.*, *tom.* 3, *pag.* 365) e 18 gennaio 1937 (*Giorn. dei Pal. tom.* 54, *pag.* 389), ma la nostra opinione approvata da Dalloz, tom. 9, pag. 698, n. 10, fu sanzionata dalla corte di Rennes, ai 26 agosto 1812 (*Giorn. dei Pal.*, *tom.* 15, *pag.* 101), e 8 mag. 1833 (*Giorn. dei Patr. tom.* 45, *pag.* 746), e da una decisione rimarchevolissima della corte di cassazione, dei 29 genn. 1825 (*Giorn. dei Pal.*, *tom.* 26, *pag* 80).

Adunque soltanto il dispositivo di una sentenza può essere impugnato mediante appello; e sarebbe rigettato quello appello il quale proponesse motivi di reclamo contro la conseguenza o la esecuzione della sentenza e niuno direttamente contro di essa: Rennes 14 marzo 1818 (*Gior. dei Pal. tom.* 12, *pag.* 597.) — Parimente, sebbene Dalloz, tom. 9, pag. 617, n. 9 diversamente opini, sarebbe rigettato lo appello interposto contro una sentenza non

compilata, per quanto certa fusse la sua pronunziazione. Difatti, da una parte vedremo nella *quist.* 1598 *bis*, che l'appellante è obbligato di presentare una spedizione autentica della sentenza di cui appella; or come potrebbe farlo, laddove la sentenza non fosse ancora distesa? E d'altronde non abbiam già detto con Poncet, sulla quistione 589, che una sentenza non compilata riguardavasi come non avvenuta? L'appello non può aver altro scopo che impedire la esecuzione di una sentenza che dà dritto a gravame: or tale esecuzione potrebbe forse aver luogo se non si mostra prima la sentenza? Non potendosi dunque far ciò nella specie attuale, l'appello sarebbe senza oggetto.]

[1581 sept. *Bisogna forse per mezzo dell'appello o della opposizione, impugnare una sentenza che dichiara il fallimento ovvero ne fissa l'apertura? Quid* della sentenza che rigetta la dimanda di dichiarazione di fallimento?

L'art. 457 dell'antico codice di commercio disponeva che tali sentenze sarebbero suscettibili di opposizione, e ne fissava i termini, sia per rispetto al fallito, sia in risguardo ai creditori; ma non diceva niente dell'appello.

Da qui ebbero origine alcune decisioni, e segnatamente quelle di Parigi de' 22 luglio 1824 (*Giorn. de' Pat. tom.* 28, *p.* 249), e di Poitiers, 17 agosto 1818 (*Giorn. dei Pat.*, *t* 36, *p.* 61) che aveano ritenuto che la opposizione era il solo mezzo ammissibile, e che l'appello era interdetto. Ma questa dottrina, condannata da Pardessus, tom. 4, pag. 248, e da Delvincourt (*not.* 1 *alla pag.* 245), venne proscritta dalla corte di Poitiers ai 24 maggio 1832 (*Giorn. de' Pat. tom* 42, *pag.* 279).

Difatti dal perchè l'art. 457 si occupava di un mezzo di reclamo per fissarne il termine, non poteasi pretendere che esso proscrivesse quello di cui non parlava affatto. Questo articolo, nella sua disposizione, non era nè limitativo, nè restrittivo; epperò il dritto di appellare andava soggetto alle regole comuni.

D'altronde non possono su questo punto esservi più quistioni, dopo che il nuovo codice di commercio indica, nel suo art. 582 un termine uniforme per l'appello da tutte le sentenze pronunziate in materia di fallimento, e nel suo art. 583 enumera le sole tra quelle sentenze non soggette ad appello. Per lo che la corte di Amiens si è fondata su queste disposizioni per dare una novella sanzione alla opinione da noi or ora emessa, 24 aprile 1839. (*Devill.* 1839. 2. 265, *Giorn. dei Pat. tom.* 57, *pag.* 486). Non vi è neanche alcuna ragione di dubitare di doversi ammettere l'appello contro una sentenza che omologa una convenzione: la corte di Colmar, 17 marzo 1813 (*Giorn. dei Pat. tom* 3, *pag.* 388.) avea deciso, sotto l'impero del codice di commercio, essere ammissibile un tale appello purchè fusse prodotto, come qualunque altro, nel termine ordinario di tre mesi; ma dagli art. 519 e 582 della novella legge, deve risultare che il termine sarà di quindeci giorni.

Del resto, allorchè trattasi di una sentenza che in vece di dichiarare l'apertura di un fallimento, ha ricusato di farlo, è chiaro che il mezzo di appello è il solo ragionevole; poichè tale sentenza è pronunziata sopra una semplice istanza, sia del fallito, sia del creditore, senza l'intervento degli altri interessati i quali possono essi medesimi presentare una nuova dimanda. Quegli che ha presentato la istanza non può pretendere che la sentenza sia stata pronunziata in sua contumacia, sola circostanza che potrebbe autorizzare la opposizione. D'altronde, la sua opposizione non avrebbe altro effetto che di far ritornare innanzi allo stesso tribunale, nella medesima discussione, alle stesse circostanze, ciò che è inamissibile innanzi a qualunque giurisdizione. Epperò dell'appello deve far uso la detta parte, siccome fu deciso dalla corte di Brusselles ai 28 novemb. 1823 (*Giorn. di Bruss. tom.* 1 *del* 1824, *pag.* 315) e questo appello, secondo l'avviso della stessa corte, debb' essere interposto per mezzo di dimanda, non essendovi alcun contraddittore a cui intimarlo, e secondo la corte di Rennes, 25 mag. 1828 (*Giorn. dei Pat. tom.* 56, *pag.* 127), dev' esser prodotto fra tre mesi dalla *pronunziazione* della sentenza, poichè non vi ha avversario che possa farne fare la *notificazione*. (*Vedi la quist.* 1579 *bis.*

Fu pure deciso che il fallito il quale, mediante sentenza e per misura di sicurezza, sia stato detenuto in una prigione per debiti, non può appellarsi da questa decisione, ma può soltanto presentare una dimanda al tribunale per ottenere di esser liberato; Bordeaux, 8 dicemb. 1829 (*Giorn. de' Pat. tom.* 39, *pag.* 15).

Ma questa decisione non può più aver vigore dopo la disposizione dell'art. 583 del nuo-

vo codice di commercio, il quale enumera in un modo limitativo le sole sentenze pronunziate in materia di fallimento che non sieno suscettibili di appello, e non vi è compreso quella di cui trattasi nella specie esaminata dalla corte di Bordeaux.

La legge, nell' autorizzare la opposizione e l'appello contro la sentenza pronunziata in materia di fallimento sopra semplice istanza e contro una parte non citata, ha fatto una nuova derogazione ai principi, la cui teoria fu da noi sviluppata nella quist. 378. Ma in niun luogo siffatta eccezione fu più giustamente e più imperiosamente comandata dalla importanza degl' interessi e dei diritti che queste specie di sentenze possono compromettere.]

[1581 oct. *Innanzi a qual tribunale dee dirigersi l' appello ?*

L' appello dalla sentenza dei giudici di pace deve esser diretto innanzi ai tribunali civili distrettuali, e l' appello dalle sentenze pronunziate da questi ultimi tribunali, non che dei tribunali di commercio, innanzi alle corti reali.

Sotto la legislazione del 1790, esisteva una giurisdizione particolare, conosciuta sotto il nome di tribunale di famiglia, il cui appello dovea esser diretto innanzi ai tribunali distrettuali, sostituiti oggidì da' tribunali dipartimentali.

Si è promossa la quistion di conoscere, se dopo l' abolizione degli uni e degli altri, l' appello dalle sentenze che erano state anteriormente pronunziate da' primi, dovea esser diretto innanzi ai tribunali distrettuali o innanzi alle corti reali.

Ed essendo ormai queste corti reali i soli tribunali di appello relativamente a tutte le cause non introdotte in prima istanza innanzi ai giudici di pace, la soluzione a loro favore non potrebb' essere dubbiosa pel caso in cui l' appello non abbia avuto luogo che dopo l' abolizione de' tribunali di distretto, siccome fu deciso dalla corte di Montpellier ai 9 maggio 1825 (*Giorn. de' Pat.*, *tom.* 30 *pag.* 238). Ma se l' appello fosse anteriore a questa abolizione, e che per conseguenza la legge abolitiva fosse stata emanata allorchè il tribunale di distretto era già in istato di conoscere dell' appello, esso avrebbe dovuto decidersi innanzi al tribunale sostituito a quello di distretto, cioè, innanzi al tribunale di dipartimento; perciocchè in tal' epoca tutte le cause pendenti innanzi all' uno, furono di pieno dritto devolute all' altro; il che risulta benanche da una decisione della corte di Montpellier de' 4 luglio 1823 (*Giorn. de' Pat. tom.* 30, *pag.* 238 *alla nota*), la quale, siccome chiaramente si scorge, non presenta colla precedente alcuna contraddizione.

Per decider poi, in grado di appello, le cause relative al commercio straniero nelle colonie, esiste una commissione speciale la quale esclude, in questa materia, la competenza di qualunque altra giurisdizione. Vedi due decisioni della corte di cassazione de' 7 agosto 1821 (*Giorn. dei Pal. tom.* 23, *pag.* 261), e 16 feb. 1824 (*Giorn. dei Pal. tom.* 28, *pag.* 251).

E qui cade in acconcio osservare che quando un tribunale infligge una pena a qualche individuo come colpevole di oltraggi verso uno dei suoi componenti, l' appello dalla sentenza dev' esser diretta, siccome in materia civile, innanzi alla corte reale, e non già, come in materia correzionale, innanzi al tribunale del capo luogo; Bourges, 6 marzo 1807 (*Giorn. de' Pal. tom.* 13, *pag.* 89).]

Art. 444 + 508.

(1596 bis. *Se la sentenza sia stata notificata soltanto al tutore, il quale per altro avesse interposto appello, il minore divenuto maggiore, sarà forse ammesso a produrne un altro, sotto pretesto che non essendo stata la sentenza notificata al tutore surrogato, il termine non ha potuto decorrere ?*

Sì, laddove l' appello del tutore fosse stato dichiarato nullo, perciocchè, fin quando si è nei termini, si può sempre riparare alle nullità di un' atto di appello.

No poi, se sia stato dichiarato perento o mal fondato.

Nel primo caso, l' art. 469 pronunzia un decadimento diffinitivo. (*Vedi la quist.* 1686 *Sexies*, e la decisione della Corte di Lione che trovasi colà riportata.)

Nel secondo caso il tutore avendo in nome del minore regolarmente usato del suo dritto, non si può più esercitarlo. Infatti che cosa importa che non ancora sia spirato il termine per appellare se è chiuso qualunque adito all' appello ? La legge forse ha mai voluto autorizzare due appelli diversi o successivi per rispetto alla stessa sentenza e alla medesima parte ?

La nostra opinione trovasi confermata da una decisione della corte di Grenoble de' 18 luglio 1828. (*Giorn. de' pal. tom.* 38, *pag.* 198)]

[1589 bis. *La misura di precauzione introdotta a favore de' minori dall' ultima parte dell' art.* 444 *è forse applicabile agl' interdetti* ?

Che sì in forza dell' art 509 + 432 del codice civile, il quale assimila l' interdetto al minore per la sua persona e per i suoi beni, e dichiara che le leggi sulla tutela de' minori si applicano alla tutela degl' interdetti. Perlochè il termine di appello non decorrerà contro l' interdetto che dopo notificato al suo tutore ed al tutor surrogato la sentenza contro di lui ottenuta. Tal' è l'opinione espressa da Pigeau, Comm. tom. 2, pag. 18; Favard de Langlade, tom. 1, pag. 164, n. 14, e Thomines Desmazures, tom. 1, pag. 680. Carrè, in fine del Commentario su questo articolo in esame, n CCCLXVIII. ha emesso il medesimo avviso.]

[1589 ter. *Se le due notificazioni non sono state fatte simultaneamente al tutore, ed al tutor surrogato, da quale delle due comincerà a decorrere il termine* ?

Evidentemente dall'ultima, poichè altrimenti uno di essi, atteso gli obblighi che gli sono imposti, non godrebbe dell' intero termine che la legge ha voluto concedere ad entrambi. D'altronde il testo è formale: « Il termine non decorrerà che dal giorno in cui la sentenza sarà stata notificata tanto al tutore che al tutor surrogato. » Adunque, perchè cominci a decorrere, è necessario che la sentenza sia notificata ad entrambi. Tal' è benanche l'opinione di Thomine Desmazures, tom. 1, pag. 680.]

[1590 bis. *Se il minore è ancora sotto la patria potestà, a chi bisogna notificare la sentenza ottenuta contro di lui ?*

Durante il matrimonio de' genitori, il minore non è soggetto ad alcuna tutela; e siccome non vi è tutor surrogato se non quando esiste una tutela, il minore s'tuato in questa posizione non ha affatto tutor surrogato.

L' art. 389 + 312 del codice civile dichiara che, durante il matrimonio, il padre è l'amministratore naturale de' beni de' suoi figli minori, epperò a lui spetta di promuovere le azioni che ad essi competono, ed opporsi a quelle contro loro intentate; quindi a lui soltanto dovrà notificarsi la sentenza, senza che l' art. 444 debba o possa ricevere in questo caso alcuna applicazione.

Pertanto Pigeau, *Comm.* tom. 2, pag. 18, sostiene che l' amministrazione affidata al padre durante il matrimonio è una vera tutela, la quale, come qualunque altra, dev' essere soggetta alla sorveglianza di un tutor surrogato, a cui per conseguenza bisognerà dirigersi la notificazione della sentenza, per far decorrere il termine di appello.

Ma questa interpetrazione data all' art. 390 è troppo formalmente contraddetta dall' uso perchè si possa adottare. D' altronde Pigeau non ha forse veduto che la esistenza del matrimonio, la presenza e la sorveglianza della madre, son sembrate al legislatore garanti e sufficienti per sostituir quelle che nelle tutele ordinarie presentano le autorità ed il controllo di un tutor surrogato, e di un consiglio di famiglia.]

[1590 ter. *Allorchè il tutore è in lite col suo pupillo ed ha contro lo stesso ottenuto una sentenza, a chi bisogna notificarla per far decorrere i termini* ?

Essendo in questo caso il tutore l' avversario del minore, è chiaro che niun utile produrrebbesi a quest' ultimo, notificando a se stesso la ottenuta sentenza; epperò fa d' uopo notificarla al tutor surrogato, incaricato in questa circostanza di difendere gl' interessi del minore contro quelli del suo tutore: ma questa unica notificazione adempirebbe forse ai voti della legge la quale sembra esigere una duplice garentia, cioè che almeno due persone fossero incaricate di prevenire; nell' interesse del minore, gli effetti del decadimento? E non è vero forse che quando tale interesse è in opposizione a quello del minore, le frodi sono più da temersi, le negligenze più pregiudizievoli, e per conseguenza più necessarie le misure di precauzione? Non dovrebbesi in questo caso più tosto raddoppiare anzichè diminuire la vigilanza? E finalmente non bisognerebbe supplire in qualche modo alla garentia che la posizion del tutore fa perdere al suo pupillo?

In tal modo appunto ha ragionevolmente avvisato Pigeau, *Comm* tom. 2, pag. 18, il quale propone di far eleggere un tutor surrogato *ad hoc* per fargli notificare la sentenza, ad oggetto che costui, nel caso di trascuranza del tutor surrogato titolare, funzionando da tutore, possa provvedere, per parte sua, agl' interessi del pupillo. Molte decisioni han consacrata questa teoria, ritenendo ancora esser obbligo del tutore che guadagna la lite di provocare la nomina di questo tutor surrogato *ad hoc* (*vedi la*

quistione 1590) per poter fare utilmente la sua duplice notificazione. Possono benanche vedersi le decisioni delle corti di Angers, 2 agosto 1822; di Tolosa, 4 febbraio 1825 (*Giorn. de pat. tom.* 28, *pag.* 291) ; di Colmar, 13 gennaio 1831 (*Giorn. de' pat. tom.* 44, *pag.* 363 ; *Devill*, *vol. del* 1831, *pag.* 554). La corte di Cassazione ha aggiunta a questa giurisprudenza il peso della sua autorità, con un arresto del 1 aprile 1833 (*Giorn. de' pat. tom.* 44, *pag.* 273; *Devill.*, 1833 *pag.* 388).

Ma all' opposto la corte di Parigi a' 23 luglio 1830 (*Gazzetta dei tribunali del* 25) decise che la notificazione di una sentenza, pronunziata a vantaggio di un tutore contro il suo pupillo, fa decorrere i termini di appello, quantunque fatta soltanto al tutore surrogato, e che il tutore non è obbligato di far nominare un tutore surrogato *ad hoc*, per giungere alla duplice notificazione prescritta dall' art. 444 del codice di proced. civile.

Vorrebbesi ancora, contro la soluzione da noi data, desumere un' argomento da una decisione della corte di Colmar dei 14 giugno 1832 (*Giorn. dei Pat. tom.* 43, *pag.* 552), secondo la quale la notificazione della sentenza che ammette la disapprovazione intentata contro un minore, è sufficiente per far decorrere i termini di appello, se sia stata fatta al suo tutore *ad hoc*, e non già al tutore surrogato. Pertanto in questo caso, dirassi, gl' interessi del minore sono in opposizione col suo tutore o amministratore naturale, il marito di sua madre. Ma si risponderà che questo caso non è quello di una vera tutela, nè quello da noi esaminato nella precedente quistione; che in questo come in quel caso, la sorveglianza della madre si aggiunge a quella dell' individuo incaricato direttamente per sostenere i diritti del minore ; che in questo, più che in quel caso, la madre è interessata a far trionfare questi diritti, e che finalmente vi sarà realmente una duplice notificazione, ricevendola la madre allo stesso modo di un tutore *ad hoc*. Laonde questa decisione non è affatto in opposizione con la teoria di Pigeau, ch'è benanche la nostra.]

[1595 bis. *Una corte reale, che deve conoscere di un' appello tardivamente o irregolarmente prodotto, può ammetterlo per effetto di motivi desunti dal merito ?*

Non può dubitarsi che la presente quistione debba risolversi per la negativa. La sentenza sulla nullità o su' mezzi d'inammissibilità è sempre indipendente dal merito della causa.

Pria di deridere sopra una dimanda, fa duopo che il tribunale sia regolarmente investito della facoltà di conoscerne ; e non può esserlo se l' atto che gli è deferito è nullo. Valutare questa nullità sotto l' aspetto della stessa dimanda, e con i motivi che la sostengono in merito sarebbe lo stesso che cadere in un circolo vizioso.

Pria che la dimanda sia decisa, bisogna ancora conoscere se colui che la intenta ha dritto di fermarla. Allorchè questo dritto è controverso, fa duopo dapprima valutare questa contestazione preliminare in se stessa, e senza considerare la dimanda in merito.

Ed appunto ciò fu ritenuto, pel caso di un appello tardivamente prodotto, dalla corte d'Angers, alli 11 aprile 1821 (*Giorn. dei Pat.*, *tom.* 23, *pag.* 129), e dalla corte di cassazione ai 5 marzo 1810 e 13 genn. 1817 (*Giorn. dei Pat. tom.* 3, *pag.* 273).]

[1598 bis. *L' appellante è forse obbligato, sotto pena di dichiararsi l'appello inamissibile, di presentare una spedizione autentica della sentenza impugnata ?*

Certamente che sì ; poichè niuno può dimandare la riparazione di un torto, senza dimostrarne la esistenza. La parte appellata non può essere obbligata di confessare o di negare la esistenza della sentenza, o del suo contenuto ; nè è in grado, fintantochè non ne abbia legale conoscenza, di dichiarare se voglia oppur no reclamarne la esecuzione, ovvero rinunziarci.

Ed ancorchè le parti fossero concordi sulla esistenza e sul contenuto della sentenza, la corte dovrebbe sempre ordinare che si presentasse la spedizione ; poichè il consenso delle parti non basta per dar la esistenza ad una sentenza ; e se questo consenso fosse fraudolente, la corte sarebbe esposta a rivocare o confermare una sentenza, o un capo di sentenza che non esisterebbe. Un' egual risultamento comprometterebbe la dignità di un tribunal superiore.

Finalmente è necessario presentar la sentenza per assicurarsi di essersi adempita la formalità del registro da colui che ne fa uso.

Del resto la nostra opinione fu consacrata dalla Corte di Parigi a' 3 giugno 1828, e da quella di Brusselles 1, e 25 febbraio 1835

(*Giorn. di questa corte, tom.* 2 *del* 1835, *pag.* 59 *e* 397.)

ART. 448 + 513.

1611 bis. *La facoltà di appellare da una sentenza più di tre mesi dopo la notificazione, nel caso in cui furono ritenuti i documenti dell' appellante, può forse esercitarsi anche quando i documenti appartenessero alla parte appellata?*

Che sì, nel caso in cui, per eccezione al principio *nemo tenetur edere contra se*, il proprietario de'documenti dovesse farli conoscere, abbenchè contrari a' propri interessi. Laonde nelle materie commerciali, in cui i libri possono essere ammessi a far pruova tanto per coloro che li han tenuti come contro di essi, quella fra le parti che non volesse mostrare i suoi libri, laddove in seguito la parte avversa venisse a scoprirne la esistenza ed il valore, esporrebbesi ad un'appello che sarebbe dichiarato ammissibile quantunque prodotto più di tre mesi dopo la notificazione.

Tal'è appunto la decisione pronunziata dalla corte di Parigi, a'29 maggio 1832 (*Deville, tom.* 32, 2, 516, *e Giornale de' pat. tom.* 43, *pag.* 207): essa considerò ragionevolmente che l' art. 448 non fa alcuna distinzione, e che la sua disposizione deve applicarsi a tutt' i documenti nascosti da colui che avea guadagnata la causa, sia che fussero di sua proprietà, sia che appartenessero alla parte avversa.]

[1611 ter. *In caso di dolo e di frode di una specie diversa da quella prevista dall' art.* 448, *sarebbe parimenti applicabile la disposizione in detta articolo contenuta?*

Pigeau, *proc. civ.* lib. 2, part. 2, tit. 1. cap. 1, sez. 3, art. 4, n. 11, e Thomines Desmazures, tom. 1, pag. 684, decidono affermativamente la presente quistione.

La enumerazione fatta dall' art. 448 non sembra ad essi limitativa, e la loro opinione è uniforme alla massima secondo la quale il dolo fa eccezione a tutte le regole,

Ma per attestare l' epoca in cui cominciano i tre mesi, fa duopo che vi sia una prova per iscritto del giorno in cui fu riconosciuto il dolo.]

ART. 449 + 513.

[1612 bis. *Se si cominciò la esecuzione, quantunque senza diritto, prima di spirare gli otto giorni, l'appello prematuro prodotto anche prima degli otto giorni sarebbe nullameno inammissibile?*

Il divieto di appellare, abbiam già detto, è correlativo al divieto di eseguire; l'uno è conseguenza dell' altro. Se dunque la parte appellata ha sconosciuto l' obbligo ad essa imposto, non può dolersi di essere stato benanche dallo appellante violato, poichè la sua condotta soltanto l' ha provocato. Indubitatamente poteva costui limitarsi a dimandare la nullità della esecuzione; ma egli ha preferito di rientrare in lizza, riaperta dal suo avversario. E può anche supporsi che questa esecuzione precipitata l'abbia indotto in errore sulla natora della sentenza che l' avea condannato, e gli abbia fatto credere di essere eseguibile provvisoriamente.

Questa teoria fu consacrata da una decisione della corte di cassazione ai 19 agosto 1826 (*Giorn. dei pat., tom.* 31, *pag.*316), ed approvata da Talandier, pag. 139, n. 160. (*Vedi la nostra quist.* 1614.]

[1612 ter. *La nullità di un' appello prematuramente prodotto è di ordine pubblico?*

Questa quistione fu risoluta affermativamente da Boitard, tom. 3, pag. 66, il quale avvisa che la nullità può supplirsi di officio; e da una decisione della corte di Grenoble delli 11 febb. 1813 (*Giorn. dei pat. tom.* 12, *pag.* 490), che giudicò potersi opporre in ogni stato di causa.

A noi però sembra doversi considerare l'appello prematuro come quello tardivamente prodotto, e per conseguenza non potersi dichiarare inamissibile se non quando dalla parte appellata, prima di qualunque riunuzia, sia proposto un motivo d'inamissibilità. Vedi la nostra quist. 739 bis, §. 4, n. 3, e sopra la quist. 1595.]

[1612 quater. *L' art.* 449 *è applicabile all' appello dalle sentenze pronunziate da' giudici di pace?*

Quantunque gli stessi motivi sembrano applicarsi tanto a questa specie di appello che a qualunque altro, la presente quistione era controvertita prima della promulgazione della legge dei 25 maggio 1838.

L'art. 14 di questa legge è venuto formalmente ad introdurre, per rispetto alle sentenze dei giudici di pace, una disposizione analoga a quella dell'art. 449. Soltanto riduce a tre giorni il termine di otto, durante il quale è sospeso il dritto di appellare, come ad un solo il termine di tre mesi accordato dall'art. 443 per esercitarlo. (*Vedi il Coment. all'art.* 16, *n. XIV*, *tom*.1, *pag*. 97, *e la nostra quistione* 77 *bis*,).]

[1612 quinquies. *L' art.* 449 *è applicabile alle sentenze contumaciali? Alle sentenze arbitramentali ?*

Quanto alle sentenze contumaciali suscettibili di opposizione, la quistione è inapplicabile, poichè, secondo l' art. 455, non può ammettersi l'appello durante il termine per la opposizione, siccome fa osservare Thomines Desmazures, tom. 1, pag. 686. Or questo termine comprende sempre e spesso eccede il termine di otto giorni di cui parla l' art. 449.

Per quelli che non sono più suscettibili di opposizione, essi sono sempre situati dalla legge sulla stessa linea delle sentenze pronunziate in contraddizione, donde noi conchiudiamo che l'art 449 è loro applicabile. Ma Pigeau, Coment. tom. 2, pag. 22, considerando che tali sentenze non sono conosciute dalla parte che per mezzo della notificazione, soltanto dal giorno in cui essa ha luogo fa cominciare a decorrere gli otto giorni dati per riflettere. Pertanto nulla sembra giustificare questa opinione che noi crediamo arbitraria.

Applicandosi la stessa considerazione, secondo lui, alle sentenze arbitramentali la cui pronunziazione non è intesa dalla parte, Pigeau dice ancora che a lor riguardo il termine di otto giorni non decorre che dal giorno della notificazione dell' ordinanza di *exequatur*; ma quì possiamo opporgli una decisione della corte di cassazione de' 14 vendem. an. VI (*Sirey t.* 7, *p.* 287, *e Gior. dei pal. t.* 16, *p.* 447), la quale ritiene che niuna disposizione di legge ha stabilita la data della sentenza arbitramentale nel giorno della ordinanza che l' ha renduta esecutiva, che perciò tale ordinanza non cangia niente alla sua vera data ch' è quella fissata dagli arbitri, donde segue che l'appello interposto negli otto giorni, a datare dalla ordinanza, non può essere dichiarato inamissibile se trovasi fuori degli 8 giorni dalla data della sentenza.]

1616 bis. *È ammessibile l' appello dalle sentenze interlocutorie, dopo la sentenza deffinitiva, o allorchè furono eseguite, o al lorchè decorsero tre mesi dalla loro notificazione? — In qual modo bisogna intendere la massima: la sentenza interlocutoria non liga il giudice?— L' appello dalla sentenza deffinitiva contiene virtualmente quello dalle sentenze non deffinitive? — Il decadimento per rispetto al primo porta seco il decadimento per rispetto ai secondi?*

1. La distinzione delle sentenze in preparatorie, interlocutorie e diffinitive non è importante se non relativamente all' epoca in cui può interporsi l' appello.

In fatti questa epoca è diversa seconda la natura di tali sentenze.

A' termini dell'art. 451 + 515 del codice di procedura civile, la sentenza preparatoria può esser impugnata coll' appello dopo la sentenza diffinitiva, e unitamente all' appello prodotto avverso quest' ultima.

Secondo lo stesso articolo, la sentenza interlocutoria può esser impugnata coll' appello pria della sentenza diffinitiva, e dimostreremo quanto prima che può esserlo benanche dopo la sentenza diffinitiva, e sino a quando questa sarà appellabile, qualunque sia il tempo decorso dopo la notificazione della prima.

Finalmente qualunque sentenza diffinitiva, sia che termini la causa, sia che giudichi su di un incidente, non può, secondo le regole generali, impugnarsi coll' appello che ne' tre mesi dalla sua notificazione.

Siffatte disposizioni inoppugnabili della legge ci guideranno nella ricerca e nella conoscenza del vero senso che essa dà a queste parole di *preparatoria*, *interlocutoria* e *diffinitiva*.

In fatti, autorizzando il legislatore l' appello dalla sentenza preparatoria dopo la sentenza diffinitiva, conseguita che egli considera la sentenza preparatoria come quella che non reca alla parte, nè direttamente nè indirettamente, un pregiudizio tale da non potersi rimediare tanto pria che dopo la sentenza diffinitiva, val a dire, che il risultato della sentenza preparatoria non può in alcun modo influire sulla sentenza in merito nè modificarla: che se questo non fosse il carattere di essa, sarebbe permesso di appellarsi pria della sentenza diffinitiva, affin di prevenire le conseguenze dispiacevoli di questa influenza, e rendere così inutile l' appello dalla sentenza diffinitiva.

La definizione data dall' art. 452 della sen-

tenza preparatoria non deve quindi esser presa in un senso assoluto, ma in un senso enunciativo: e per valutare la natura di un' atto fa duopo aver riguardo piuttosto agli effetti che la legge vi attribuisce, anzichè al modo come lo definisce. Or, applicando questa regola, noi scorgiamo nella sentenza preparatoria, il carattere da noi enunciato, cioè di non recar danno direttamente nè indirettamente, nè compromettere in alcun modo la decisione in merito.

In risguardo alla sentenza interlocutoria, può interporsi appello pria della sentenza diffinitiva, ciò che non esclude la facoltà di produrre benanche questo appello, dopo pronunziata la sentenza diffinitiva.

Potendosi produrre appello pria della sentenza diffinitiva, conseguita che la legge considera la sentenza preparatoria come incapace di recar un'attuale pregiudizio alla parte, compromettendone la sentenza in merito. Che se non si avesse a temere alcun pregiudizio, e non venisse lesa la sentenza in merito, la legge non permetterebbe l'appello pria della sentenza diffinitiva. Un tale appello sarebbe inutile e frustraneo.

Ma similmente, poichè la legge suppone potersi potrarre l' appello dalla sentenza interlocutoria fin alla sentenza diffinitiva, e poichè risulta dalle sue parole che questo appello è benanche ammissibile dopo i tre mesi dalla notificazione, ne segue che il danno recato da siffatta sentenza non è diffinitivo; che l'influenza che esercita sulla sentenza in merito non è necessaria; che può, è vero, temersene i risultamenti, ma che finalmente puossi sperare benanche che tali timori non si realizzeranno affatto.

In una parola, vi ha *un giudizio anticipato* relativamente al merito, ciò che autorizza l'appello pria della sentenza diffinitiva; ma non vi ha *cosa giudicata* la quale comprometta necessariamente il merito, il che fa che può ritardarsi l' appello fin dopo la sentenza diffinitiva.

Noi chiamiamo *giudizio anticipato* tutto ciò che; tanto nel dispositivo, quanto ne'motivi di una sentenza, lascia presentire l' opinione del giudice su di un punto che per altro non deciso, ed a riguardo del quale egli conserva conseguentemente la sua indipendenza, quantunque sino ad un certo punto siasi compromesso manifestando la sua attuale opinione.

Relativamente alla sentenza diffinitiva, sia che giudichi sul merito, sia che pronunzi su di un semplice incidente, l' appello può esser prodotto otto giorni dopo la sua pronunziazione, nè può più prodursi tre mesi dopo la sua notificazione.

Può prodursi otto giorni dopo la sua pronunziazione, il che pruova che la legge riguarda ogni sentenza diffinitiva incapace di recar un pregiudizio attuale; non può prodursi tre mesi dopo la notificazione, quantunque la sentenza sul merito non fosse stata renduta, cosa che fa scorgere che il danno che arreca non è il risultamento di un semplice anticipato giudizio, ma di un giudicato positivo e reale, sul quale il magistrato non può rivenire, e che in qualche modo lo liga per la decisione che gli rimane a rendere.

Chiariremo questi principi con alcuni sviluppamenti ed esempi.

II. Dovrà considerarsi come preparatoria la sentenza la quale ordinerà un mero atto ordinario destinato a metter la causa nello stato di esser giudicata, come una istruzione per iscritto, un rapporto verbale, una comunicazione o un deposito di documenti ec. ec., o finalmente, qualunque misura sia di semplice procedura, sia puranco d' istruzione, di cui il giudice può aver bisogno per illuminarsi, senza aver ancora adottato alcun parere sulla quistione in merito, o in altri termini, qualunque misura che può ordinare senza che possa presentirsi la sua opinione sulla causa.

In fatti scorgesi che una simile sentenza non reca alcun danno alla parte relativamente al merito; e tutto al più essa potrebbe dolersi delle spese causate da una istruzione la quale non si è trovata utile; ma è questo un pregiudizio al quale potrà rimediarvi anche dopo la sentenza in merito. Era necessario, affinchè il suo appello non fosse ammesso pria di quest' ultima sentenza, che niun punto della controversia fosse stato deciso contro di lei, nè si fosse toccato il merito della causa. Or, nè l'uno nè l'altro ha luogo, poichè non si è fatto altro che indicare un mezzo per preparare le decisioni.

Poco interessa finalmente che vi sia stata discussione tra le parti per adottarsi la misura preparatoria; nè può dirsi che quella che si oppose succombè in un punto del litigio; dappoichè non è quello un punto del litigio, ma un mezzo di porre in chiaro lo stesso. Adunque nulla vi ha in tale decisione che non possa ovviarsi colla sentenza diffinitiva, nulla neppu-

re che possa compromettere questa sentenza facendola in qualche modo presentire.

Sarebbe ancora lo stesso se, in vece di ordinare la misura preparatoria, il tribunale si fosse rifiutato alle dimande di una parte?

Noi crediamo che su tal' oggetto sia necessario fare una distinzione: o trattasi di una misura la cui esecuzione non poteva esser differita, esecuzione nella quale un ritardo poteva esser pregiudizievole; o pure di una misura che poteva egualmente in qualunque epoca adoperarsi. In quest' ultimo caso, non avvi più danno nè prematuro giudizio se non quando la misura è ordinata: se credesi la stessa utile per la decisione della causa, si potrà farla ordinare coll' appello. Nel primo caso all' opposto, il ritardo cagionando un pericolo, facendo perdere un mezzo d' istruzione il quale non potrassi più ritrovare, è da temersi un danno irreparabile nella sentenza diffinitiva; l' appello immediato dev' esser permesso. La sentenza non è preparatoria, non è neppure interlocutoria, poichè non anticipa il giudizio in merito. Dunque è una sentenza diffinitiva.

Conchiudiamo che il carattere preciso della sentenza preparatoria si è, pronunziando su di una misura d' istruzione, di non giudicar anticipatamente sul merito, nè di recar alcun irreparabile danno nella sentenza diffinitiva.

Adunque nella classe delle sentenze preparatorie, si potranno annoverare talune sentenze le quali, a' termini dell' art. 452, sembrerebbero improntar il carattere d' interlocutorie, perchè esse ordinano una pruova, ma che però non sono tali, giacchè ordinando una pruova, non recano alcun danno, nè pregiudicano il merito.

Ciò avviene allorchè le due parti sono d' accordo nelle loro conclusioni per dimandare che procedasi alla prova, all' esame, alla perizia, ad altro. In fatti essendo d' accordo per sollecitare una misura, adottandosi la stessa, ciò non induce un prematuro giudizio contro una delle parti; molto meno vi è danno, essendo il tutto consentaneo a' loro desideri. Tal è l' opinione di Pigeau, comment. tom. 2, pag. 25.

Daltronde facciamo osservare che per conservare il suo carattere di preparatoria, la sentenza per una istruzione renduta d' accordo tra le parti dev' esser intieramente uniforme alle loro conclusioni. Che se il tribunale vi unisce i motivi che toccano il merito contro l' una o l'altra delle parti, chiaramente questa sentenza non può considerarsi *innocua*, nè può più ritenersi un semplice mezzo di pruova che nulla decide, ma sebbene una sentenza che giudica anticipatamente sul merito, val dire una interlocutoria. Vicendevolmente una sentenza preparatoria per la misura che ordina addiverrebbe interlocutoria, se fosse pronunziata in un modo da giudicare anticipatamente sul merito. Montpellier, 9 prot. anno XIII. (*Gior. de' pal.*, *tom.* 8, *pag.* 339).

Niuno di questi principi sembraci impugnato da una quantità di specie nelle quali la giurisprudenza riconobbe delle sentenze preparatorie.

Noi ne citeremo un piccol numero:

È preparatoria.

La sentenza la quale, in un giudizio di rescissione di vendita per causa di lesione, ordina un novello apprezzo, atteso la insufficienza del primo; cas. 4 piovoso anno XI. (*Gior. de' pat.*, *tom.* 15, *pag.* 190).

La decisione che in una istruzione per iscritto, dopo il rapporto, ricusa di ascoltare un patrocinatore sulla dimanda di disgiunzione di un intervento, ed unisce questo incidente al merito; cassazione 8 aprile 1828 (*Sirey* 29 1 41; *Gior. de'pal. tom* 35, *pag.* 2261).

La sentenza che, senza discussione, ordina le formalità preliminari di una divisione, senza ferire i dritti rispettivi de' condividenti; cas. 13 gennaio 1836 (*Gior. de' pal. tom.*52, *pag.* 133).

Quella che, pria della decisione diffinitiva, ordina un calcolo d' interessi per illuminare la religione de' magistrati; Poitiers, 13 febbraio 1833. (*Gior. de' pal. tom* 45, *p.* 423).

Quella che ordina che una moglie messa in causa con suo marito, e dimandando di litigare separatamente, chiede a tal oggetto di esserne autorizzata; Brusselles, 15 aprile 1830. (*Gior. di questa corte*, *tom.* 1, *del* 1830, *pag.* 89.)

Quella che, sulla dimanda di una parte tendente a far sentire in un esame testimoni dell' età al di sotto di sedici anni, unisce l'incidente al merito per farvi dritto colla stessa sentenza, salvo a disunire, se vi ha luogo; Poitiers, 13 aprile 1837 (*Gior. de' pal. t.* 53, *p.* 494.)

Quella che ordina una perizia, dietro la

dimanda di tutte le parti, e senza nuocere nè pregiudicare a' loro dritti; Brusselles, 9 marzo 1811, (*Sirey*, *t.* 14, *part.* 2, *p.* 379; *Gior. de' pat.*, *t.* 15, *p* 228;) e Rennes 30 gennaio 1834. (*Gior. de' pat. tom.* 47, *pag.* 689)

Quella che, sulla dimanda di danni ed interessi e per la risoluzione di un contratto, pria di pronunziarla, ordinò una perizia necessaria per stabilire i suddetti danni ed interessi; Poitiers 30 marzo 1824 (*Gior. de' pat. tom.* 26, *pag.* 234); fa d' uopo osservare che in questa specie la risoluzione del contratto era convenuta ed offerta; nè eravi controversia che sulla quantità de' danni.

Puossi ancora consultare le numerose specie indicate nel nostro *dizionario generale delle pruove*, alla parola *sentenze preparatorie*, ed appresso n. 8, 24, 26, 32, 34, 38, 46, 63, 64, 69, 70, 70 bis, 73, 78, 79, 85, 89, 101 107, 122.

Ma nei numeri 59 e 64 noi indicammo due specie in cui, secondo noi, fu irragionevolmente riconosciuto il carattere di preparatoria. Dapprima trovasi una decisione della corte di Parigi del 19 dicembre 1810 (*Sirey*, *tom.* 14, *part.* 2, *p.* 380; *Gior. de' pat. t.* 15, *p.* 226) la quale considera come preparatoria una sentenza che, senza ordinare la pruova di taluni fatti articolati, ingiunge alla parte di riconoscerli o negarli. Sembraci che questa sentenza contenga un anticipato giudizio formale sulle conseguenze che il tribunale si propone di ricavare da' fatti in quistione, e che, per la stessa ragione, è sentenza interlocutoria. Così la corte di Poitiers, in una specie identica, ravvisò una vera interlocutoria, addì 3 marzo 1826 (*Gior. de' patr. tom.* 31, *pag.* 157); vedi appresso la nostra quist. 1617 bis.

Trovasi poscia una decisione della corte d'Aix del 21 gennaio 1832 (*Gior. de' pat. tom.* 43, *pag.* 572) la quale ritiene come preparatoria e non suscettibile di appello, pria della sentenza diffinitiva, quella che traccia ai periti il camino da seguire nelle loro operazioni, e fissa la estensione del loro mandato. Parci che da tale sentenze possono essere pregiudicati dei punti importantissimi delle controversie, e non possiamo perciò dispensarci di vedervi anche una interlocutoria.

III. La sentenza interlocutoria adunque è quella che senza decidere positivamente la quistione, lascia intravedere l' opinione che ne ha concepita il giudice, e secondo la quale non *certamente*, ma *probabilmente* la deciderà in prosieguo.

È quindi permesso l' appello pria della sentenza diffinitiva, poichè si può aver l'idea di ovviare in tal modo a tale tendenza che si teme; ma si è autorizzato a ritardare questo appello, perciocchè vi è da sperare che quel giudizio anticipato sarà dimenticato pria di prodursi i suoi ultimi risultamenti.

Adunque la difficoltà consiste nel distinguere la sentenza che decide, da quella che soltanto *anticipa il giudizio*.

Ridotta a tali termini, essa può venir risoluta con principi che sembranci positivi.

Che mai costiuisce la cosa giudicata in una decisione emessa da' tribunali? È il dispositivo della loro sentenza e non altro. Ma però ciò che contiene questo dispositivo non deve giammai considerarsi come la espressione inefficace di una opinione che possa in prosieguo abbandonarsi. Il dispositivo è cosa giudicata, salvo i mezzi legali di rivocazione.

Il giudizio anticipato può risultare da conseguenze probabili e non necessarie del dispositivo, o pure da considerazioni contenute ne' motivi.

Scorgesi quindi che non vi ha sentenza la quale sia puramente interlocutoria, dappoichè ogni sentenza contiene un dispositivo, ed il dispositivo non è un semplice giudizio anticipato; ma è una cosa diffinitivamente decisa sulla quale il giudice non può più rivenire. Il carattere di sentenza interlocutoria non compete che a quella parte della sentenza la quale presenta un giudizio anticipato sulle quistioni non decise.

Ma non è sempre agevole fissare il punto in cui arrestasi l' estensione del dispositivo, e di distinguere con molta chiarezza quando si decide da quando si pregiudica il merito.

A tal riguardo ecco talune osservazioni che potranno servirci di guida.

Sommettonsi a' tribunali o *quistioni di procedura*, o *quistioni di dritto*, o *quistioni di fatto*.

Le quistioni di *procedura* si risolvono con una misura tendente a permettere o a rifiutare.

Le quistioni *di dritto* risguardano il merito della causa, con una soluzione di teoria.

Le quistioni di *fatto* con una dichiarazione affermativa o negativa.

Qualunque sieno i motivi adottati dal giudice in queste tre ipotesi isolate non contengono

giammai una soluzione; ravvicinate al dispositivo possono all'opposto, per le quistioni di procedura e per quella di dritto, completare il divisamento del giudice la cui decisione sarà allora diffinitiva, e non semplicemente interlocutoria.

Così Primo dimanda provare una obbligazione per mezzo di testimoni; Secondo, suo avversario, vi si oppone, pel motivo che la legge proibisce la pruova testimoniale nella specie sottomessa al giudice. Il tribunale considerando, che se per regola generale la legge vieta di ammettere la pruova testimoniale, quando trattasi di una somma che eccede 150 franchi, essa l' autorizza allorquando esiste un principio di pruova scritta, e che nella causa, questo principio di pruova risulta da tali o tali atti, ammette Primo a provare per mezzo de' testimoni i fatti che si alligano.

Il dispositivo di questa sentenza non ordina che una semplice pruova; ma, avuto riguardo alle considerazioni, esso elimina la eccezione ricavata dall' inamissibilità della pruova; epperò sopra questo punto, per le parti come pel giudice, esiste sentenza diffinitiva. Tutte le regole relative alle sentenze diffinitive sono applicabili a questa sentenza, almeno in ciò che riguarda l' ammissibilità di una pruova testimoniale.

Vi ha la stessa ragione, la medesima regola di decidere, allorchè le parti litigano sull' elasso del tempo, durante il quale perdurò il possesso di cui vuolsi fare la pruova. Primo sostiene che il suo avversario deve provare il possesso di cinque, o dieci, o venti o trent' anni. Secondo risponde che la legge l' obbliga a fare una pruova o di due, o di cinque, o di dieci, o di trent' anni. Il tribunale considerando, che nella specie la legge esige una pruova di. . . . Per siffatti motivi ordina che Secondo proverà per mezzo di testimoni che dall'epoca . . . egli ha costantemente posseduto l'oggetto in controversia. Questa sentenza è diffinitiva sulla durata della pruova.

Nel primo caso, l' ammissione alla pruova è un sufficiente dispositivo; nel secondo, questo dispositivo risulta dalla enunciazione della durata del possesso a stabilirsi.

Inutile addiviene moltiplicare questi esempî i quali basterebbero per far comprendere l' intero nostro divisamento: fa duopo adunque che il dispositivo contenga almeno una parola la quale sola forse non basterebbe, ma che, unita alle considerazioni presenta una completa e diffinitiva disposizione; diciamo una *parola*, dappoichè se fossevi nel dispositivo un rigetto formale della eccezione, o una soluzione della quistione di dritto proposta, la difficoltà più non esisterebbe.

Per lo che da ciò comprendesi che, se la controversia può suscitarsi per ragion di quistioni di procedura e di quistioni di dritto, giammai le quistioni di fatto debbono farla nascere: ta misura che il giudice ordina per illuminarsi sopra il fatto impugnato, preceduta da motivi i più espliciti, potrà pregiudicare il fatto; poichè se il giudice dichiara il fatto verificato o impossibile, ordinando ad un tempo un mezzo d' istruzione, la sua decisione sarà assurda. Che se, da un' altra banda, il giudice nel suo dispositivo ritiene il fatto per verificato, e vuole illuminarsi sulle conseguenze di questo fatto, il dubbio non è più permesso, poichè sul fatto vi è la cosa giudicata, nel mentre che sul complesso delle conseguenze non vi ha che un' anticipato giudizio. Se, nel suo dispositivo, malgrado tutti gli sviluppamenti de' motivi, il giudice non pronunzia un sol motto sul fatto da decidersi, la misura che egli ordina, particolarmente a riguardo di questi motivi, indica la sua opinione; essa anticipa il senso della sentenza diffinitiva, ma nulla vien deciso; e la sentenza è interlocutoria e non diffinitiva.

Ammessi una sol volta questi principî, dimanderassi benanche qual' è la natura delle sentenze che, senza tenere alcun conto ne' loro dispositivi dell'*eccezioni* o incidenti proposti, e dopo di averli espressamente discussi nelle loro considerazioni, ordinano una misura d'istruzione. Il rigettamento implicito dell' eccezione o dell'incidente, o la loro implicita ammessione, bastano forse per imprimere a questa sentenza il carattere di diffinitiva sulla *eccezione* o sull' *incidente*?

Noi non bilanciamo ad adottare la negativa; poichè diversamente, si ritornerebbe alla falsa teoria di un *giudicato per mezzo di motivi*, qualunque sia il tenore del dispositivo. Siffatta teoria è sì contraria ai principi relativi alla cosa giudicata che noi la crediamo pericolosa e che respingiamo sempre, sotto qualunque pretesto vogliasi introdurla nella nostra procedura.

Certamente sarebbe ben poco ragionevole,

per non dire altro di vantaggio, per parte di un giudice, allorchè verrebbe sottomesso a lui una nullità di citazione, una mancanza di qualità dell' attore, una dimanda d' intervento di un terzo ec. di stabilire nelle sue considerazioni la validità della citazione, le qualità dell'attore, la necessità dell' intervento ec. per poi contentarsi di ordinare nel suo dispositivo un esame o una visita sopra luogo. Certamente il giudice di appello, se la causa fosse suscettibile di appello, farebbe bene annullando, e decidendo a prima giunta l'eccezione o l'incidente; ma in mancanza di appello e di rivocazione della sentenza tale eccezione o incidente non sarebbe affatto deciso, e allorchè il provvedimento ordinato sarebbe stato eseguito, il giudice dovrebbe pronunziare sulle primitive conclusioni delle parti; tal chè se obliasse ancora di pronunziare sull'*eccezioni* o su gl' *incidenti* e che la sua sentenza fosse inappellabile, vi sarebbe allora luogo al ricorso per ritrattazion di sentenza per aver omesso di promunziare sopra uno de' capi della dimanda.

Il riassunto di tutta la nostra teoria restringesi a questo principio, che giammai la cosa giudicata può *implicitamente* risultare da un dispositivo, e che dee offrire un germe il quale possa essere dalle considerazioni fecondata.

Interroghiamo la giurisprudenza, essa accorrerà in aiuto a quasi tutte le nostre soluzioni.

Sulle quistioni di procedura, *della forma o del dritto, citiamo*.

1. Una decisione della corte di Brussèlles, del 15 giugno 1827 (*Gior. di questa corte*, *tom*. 2, *del* 1827) la quale qualifica come sentenza diffinitiva quella che non limitasi ad ordinare una pruova, ma che sulle differenze surte tra le parti, determina qual' è quella tra l'altre la quale è tenuta a fare questa pruova.

2. Una decisione della corte di cassazione del dì 8 gennaio 1829 (*Sirey*, *t.* 29, *part.* 1, *p* 3. *G. de' pat. t.* 36, *p.* 158), la quale dichiara diffinitiva una sentenza che, per la pruova relativa al possesso di trenta o di quarant' anni, decide che l' attore sarà tenuto a dimostrare il possesso di trent' anni.

3. Le decisioni che indicheremo appresso sulla quist. 1626, le quali ritengono che una sentenza è diffinitiva allorquando ordina un conto dopo la discussione, risguardante se doveva oppur no rendersi siffatto conto.

4. Finalmente, la decisione della corte di cassazione, la quale qualifica diffinitiva una sentenza che, dopo la discussione sull' ammissibilità in dritto di una pruova, ammetteva una pruova testimoniale (29 *maggio* 1827, *Camera civile*, *Sirey*, *t.* 27, *part.* 1, *p.* 315. *Gior. de' pat. tom.* 33, *pag.* 319.)

A tale decisione puossi aggiungerne un'altra della stessa corte del 20 luglio 1830 (*Gior. de' pat. tom.* 40, *pag.* 116), quantunque le ragioni della corte non fossero soddisfacenti, e due altre decisioni, l'una della corte di Orleans del 17 gennaio 1808 (*Gior. de' pat. tom.* 15, *pag.* 203), e l' altra della corte di Brusselles del 30 giugno 1828.

Sulle quistioni di fatto, il principio fu applicato in una maniera la più chiara con due decisioni della corte di cassazione, l'una del 5 giugno 1833, l' altra del 29 marzo 1836 (*Gior. de' pat. tom.* 49, *pag.* 563, *e tom.* 51 *pag.* 427 *Devill.* 1836 *tom.* 505). Nella specie della decisione del 1833, la sentenza che volevasi far considerare come diffinitiva, era così concepita: « Considerando che gli attori *hanno in mira di* » *reclamare i danni ed interessi* per le deterio- » razioni che il prato ha dovuto subire; che » nello stato della causa, il tribunale manca » di elementi necessari per fissare le preten- » sioni degli attori; pria di far dritto, ordina » che da un perito si procederà all'accesso sul » prato in parola per verificare le deteriorazio- » ni che furon commesse . . . . per pronun- » ziare dietro la relazione quanto converrà. »

La corte di cassazione *considerò* questa sentenza come una semplice interlocutoria « at- » teso che, se per questi motivi, pregiudicava » il merito (ciò ch' è proprio della sentenza » interlocutoria) non conteneva nel suo dispo- » sitivo alcuna disposizione sul merito. »

Dietro le nostre aringhe, il 30 maggio 1840 nella causa d'Anxion C. Martin Lacoste, la corte di Tolosa ammise questo sistema ne' termini i più espliciti.

Possonsi benanche invocare le decisioni della corte di cassazione, 14 luglio 1818, (*Gior. de' P.* 3. *edizione*, *tom.*14, *pag.* 918), 29 maggio 1828 (*Sirey*, *t.* 28, *part.* 1, *p.* 311), di Bordeaux, 10 maggio 1827, (*G. de' pat.*, *t.* 35, *p.*255) e 28 marzo 1831 (*Gior. di questa corte tom.* 2, *pag.* 186) di Tolosa, 2 gennaio 1811 (*Devill.* 41, 2, 94, *Gior. de' pat.*, *tom.* 60, *pag.* 52), le quali ritengono che una sentenza è semplicemente interlocutoria, quantunque i

suoi motivi esprimano l' intenzione di decidere diffinitivamente.

Nulladimeno dobbiamo soggiungere che pel sistema delle decisioni *implicite* possonsi invocare 1., gli arresti della corte di cassazione del 12 germ. anno IX (*Sirey*, *t.* 22, *p.* 439), del 9 vendem. anno XIII, e 16 maggio 1809 (*Sirey*, *t.* 10, *p.* 215; *Gior. de' pal. tom.* 15, *p.* 183, 195 *e* 210); ma questi arresti furon tutti pronunziati sotto l'impero della legge del 3 brum. anno 2, la quale non riconosceva le sentenze interlocutorie, e che non ammetteva se non le sentenze preparatorie e diffinitive. Or, nelle diverse specie sottomesse alla corte suprema, le sentenze non erano semplici preparatorie, dunque erano diffinitive. Importa poco allora conoscere i motivi su i quali si fondò questa corte. 2. Le decisioni della corte di Treves, del 20 frimaio anno XIV; quella di Rennes, del 3 giugno 1812 (*Gior. de' pal. tom.* 15, *pag.* 198 *e* 245); e di Riom del 3 feb. 1825 (*Sirey*, *tom.* 25 *part.* 2. *pag.* 388).

Da tutto ciò che dicemmo sulla distinzione delle sentenze interlocutorie e diffinitive, è facile conchiudere che quelle sentenze le quali pronunziansi sopra un incidente, sia rigettando una eccezione, sia annullando un atto di procedura, o in tutt'altra circostanza, sono sentenze diffinitive, dalle quali puossi interporre appello pria della sentenza sul merito, ma solamente ne' tre mesi dopo la loro notificazione.

Tal è una sentenza che rigetta una declinatoria di foro, o, in generale, quella che pronunzia sulla competenza; cassaz. 13 fior. anno IX (*Gior. de' pal. t.* 1 *p.* 89); 10 fruttidoro, anno XII (*Gior. de' pal. tom.* 15, *pag* 194), 25 giugno 1825 (*Gior. de' pal. tom.* 30, *pag.* 142): Poitiers, 6 gennaio 1837 (*Gior. de' pal. tom.* 52, *pag.* 290); Rennes 4 febbraio 1839 (*Gior. de' pal. tom.* 57, *pag.* 569).

La sentenza che dichiara mal fondata una dimanda in garentia, quantunque pronunzia preparatoriamente sulla dimanda principale; Brusselles 8 gen. 1825 (*Gior. di questa corte*, *tom.* 2 *del* 1825 *pag.* 99).

La sentenza che rigetta i mezzi di nullità contro un esame o mezzi di ricusa. Cass. 1. maggio 1811 (*Sirey*, *t.* 11, *part.* 1, *p.* 117, *Gior. de' pal. tom.* 15, *pag.* 236). Metz, 8 decembre 1815 (*Gior. de' pal. tom.* 15, *pag.* 249) (1).

La sentenza che pronunzia sulla quistione di conoscere se un credito sia oppur no ridu-

(1) [Ecco su questa quistione, l' opinione sviluppata da Carrè, che noi abbiam raccolta ne' suoi cartooi.

» È incontrastabile, nè si può mai troppo affermativamente enunciarlo, che vi sarebbe al tempo stessn errore di teoria, falsa applicazione della legge e violazione di un testo preciso, nel sostenere o decidere che una sentenza la quale pronunzia separatamente sul merito delle ricuse proposte contro i testimoni, non sia diffinitiva, ma preparatoria o interlocutoria, e conchiudere che il termine per appellare decorre dal giorno della notificazione fattane alla parte.

» Siffatta proposizione provasi colle segnenti ragioni.

» 1. La legge reputa *preparatorie* tutte le sentenze rendute *per la istruzione della causa, e che mirano a mettere la stessa nello stato di ricevere una sentenza diffinitiva*.

» Tutti gli scrittori, senza eccezione, han spiegata questa definizione, dicendo doversi qualificare per sentenza preparatoria ogni sentenza di semplice istruzione, ordinando tale o tal' altra formalità che la legge prescrive o permette; tali sono quelle le quali pronunziano la continuazione o il rinvio della causa da un udienza ad un' altra, l' unione di due cause, un rapporto, una istruzione per iscritto, una comunicazione di documenti, sia al pubblico ministero, sia ad una delle parti ec. ec.

» 2. La legge reputa interlocutorie le sentenze pronunziate allorchè il tribunale ordina, *pria di far dritto*, val a dire, pria di rendere una sentenza diffinitiva, una *pruova*, una *verificazione* o una *istruzione* che potrebb' essere di pregiudizio al merito.

» Così benanche tutti gli scrittori hanno annoverata in questa seconda classe le sole sentenze che pregiudicano il merito, o in altri termini, che pregiudicano la decisione da rendersi sul dritto, o la cosa che forma oggetto della controversia, sia in seguito della istruzione che ordina, sia per ogni altra decisione che pronunzia, d' onde conseguita che, per determinare se debbasi considerare una sentenza come interlocutoria, si è nell' obbligo, qualunque sia l' oggetto sul quale pronunzia e la misura che ordina, attenersi a quest'unico punto: *Pregiudica forse il merito?* Quistione la quale ritorna a questa: *Manifesta forse l' opinione del tribunale su i dritti pretesi dalle parti, e che formeranno materia della sentenza diffinitiva?* Così la sentenza di officio la quale, dopo la discussione tra le parti sul fatto da conoscere se la pruova per mezzo di testimoni sia o pur no ammessibile ed utile, ordina un esame, è una sentenza *interlocutoria*, perciocchè il giudice annuncia che, se la pruova offerta si ottiene per mezzo dell' esame, essa influirà sulla decisione diffinitiva; altrimenti, in fatti, non l' avrebbe ordinata, dunque vi ha giudizio anticipato.

» Ecco delle nozioni di teoria evidentemente fondate sul testo e sullo spirito della legge, evidentemente classiche, e che non posson esser impugnate.

cibile; Cass. 25 nov. 1817. (*Gior. dei Pal. tom*. 15, *pag*. 253). Questa decisione si serve della parola *interlocutoria*, e tratta nullameno la sentenza come definitiva. Vedi la discussione di Carrè nella quist. 1629.

La sentenza che dichiara ammissibile un' azione la cui ammissibilità è controversa: decisione della corte di Cassaz. 26 vendem. anno XII. (*Giorn. dei Pal. tom*. 15, *pag*. 183) la quale pronunzia sulla qualità delle parti; Bourges, 30 nov. 1825 (*Sirey t*. 29, *part*. 2, *p*. 225, *Gior. dei Pal. t*. 31, *p*. 213), che rigetta una eccezione perentoria, quella, per esempio,

» Applicandole alla specie, si è costretto riconoscere che una sentenza la quale pronunzia sulle ricuse proposte contro i testimnoi non e ne' preparatoria, nè interlocutoria.

» Non è preparatoria, perche non ha affatto per oggetto di mettere la causa oello atato di ricevere uoa sentenza diffinitiva, relativamente alia istruzione, val a dire di ordinare alle parti di fare la tal cosa, di prender tale misura necessaria affinchè la procedura si faccia, o si continni; ma di pronunziare n sopra una controversia incidente, la quale, come ogoi altra che elevasi nel corso di nn giudizio, forma una causa a parte il cui merito, assolutamente distinto dalla causa principale, dev' esser prelimiuarmente giudicato. In una parola, la sentenza preparatoria ha di mira la istruzione, o altrimenti *la procedura*, a differenza dell' interlocntoria, la quale riattaccasi necessariamente al *merito*, ma in questo senso solameote che giudica anticipatameote: or la sentenza che pronnnzia aul merito delle ricuse, nulla ha di comune colla procednra; la controversia, giova ripeterlo, è assolutamente diatinta dal gindizin principale, sotto tutt' i rapporti, e ai è pec questo motivo che l' art. 257 + 352 stabilisce, *che sarà pronunziato sommariamente*, per conseguenza *separatamente* ed indipendentemente dal merito.

Adunque non avviene in questo lo stesso che in tutti gl' incidenti su i quali intervengono sentenze separate, come per esempin, per oullità, pec motivi d' inamissibilità, ec. ec. sentenze che sono e fnron sempre riputate diffinitive con nna costante giurisprndenza.

La sentenza di cui parlasi non è *interlocutoria*, non solamente per le stesse cagioni da cui risulta che dev' esser riputata *diffinitiva* e non *preparatoria*, ma benanche perchè è chiaro che non ordiua alcun mezzo di pruova, alcuna istruzione, alcuna verificazione che pregiudica il merito.

» Applicasi alle ricuse la disposizione della legge la quale permette a' giudici di ammetterle o di cigettacle e le cigetta con motivl che non hanno alcuna relazione colla causa principale.

» Adunque è qnesta chiaramente una decisione su di un puoto interamente indipendente dalla causa principale, an di nna controversia veramente incidente e distinta; è una decisione la quale non ordina di preseotare alcuna pruova, che non prescrive alcuna istruzione, alcuna verifica, che termina tutto, in quanto risgnarda le ricuse.

Pcetenderebbesi forse che essa pregiudica il mecito, in qnesto senso almeno che le cicuse essendn ammesse o cigettate, le deposizioni non influiranno punto nel primo caso, ed influiranno oel secondo sulla decisione diffinitiva da rendere nella causa principale?

Vi ha due risposte che opponfonsi a qnesto falso ragionamento.

» 1. L' art. 451 non reputa *interlocutorie* che le sentenze le quali pregiudicann il merito per ragion della *pruova*, della *istruzione*, della *verifica* che esse ordinano: or, è dell' estrema evidenza, e l' nbiezione istessa lo comprova, che per questo mezzo non verrebbe ad essere pregiudicato il merito poichè non è ordinata veruna misura di siffatta specie.

» 2. La sentenza la quale pronunzia sulle ricuse pregiudica si poco il merito, che i giudici ignorano, o almeno reputansi d' ignorare ciò che contiene la deposizione del testimone, perchè essa non sarà letta se queste ricuse son giudicate fondate, o la sarà se le ricnse non sono giudicate legalmente ammissibili (art. 291 + 385 del codice di procedura.)

Ma si insisterebbe dicendo che il tribuuale rigettando le ricnse, ordinò che le deposizioni fossero lette per avervi quel conto come di dritto.

Si risponderebbe che qnesta era la consegnenza necessaria del rigetto; ma i giudici, ordinandn che queste deposizinni saranno lette, non posson affatto prevedere qual influenza futura avranon sulla loro decisione diffinitiva delle testimonianze di cui ignorano la sostanza allorchè pronunziano qnesta prima sentenza.

Adunque si cercherebbe inutilmente in siffatta disposizione, la menoma apparensa di una disposizione *preparatoria* o interlocntoria; l' unico oggetto della controversia incidente era di pronunziare sul merito delle ricuse. Il tribnnale *diffinitivamente terminò* questa lite rigettandole. Se, come dovea, ordinò che si fossero lette le deposizioni pec teuervi quel conto come di diitto, non vi fu, lo ripetiamn, alcun pregiudizio al merito. Ma sia anche che l' avesse pregiudicato, nou sarebbe atato al eerto pec mezzo di una prova, di una verificazione, di una istruzione, ma resterebbe ancora nna sentenza diffiuitiva anlle ricuse; sentenza diffinitiva in vero viziosa pec nn eccesso di potere, in quanto che riguarda la disposizione prematura colla quale avrebbe antieipatamente gindicato, disposizione da cui bisognerebbe appellare in tempo utile, se cagionasse un qualche pregiudizio.

Adunqua siamo interamente convinti che l' appello dalla sentenza colla quale nn tribunale separatamente pronunziò sul merito in risguardo alle ricuse proposte contro i testimoni, e che è diffinitiva, debb' esser interposto nel termine della legge, e che sarebbe dichiacato iuammissibile, se venisse interposto dopo spirato questo termine. »]

che tenderebbe a respingere una dimanda di rescissione di contratto di vendita; Cassaz. 2, germ. anno X. (*Giorn. de' Pat. tom.* 15, *pag.* 186); 12 marzo 1826 (*Sirey tom.* 26, *pag.* 236. *Giorn. dei Pat. tom.* 15, *pag.*899) che pronunzia sulla eccezione di perenzione di una sentenza contumaciale non eseguita frà sei mesi; Brusselles, 24 febb. 1835 (*Giorn. di questa Corte*, *tom.* 2 *del* 1835, *pag.* 313) che rigetta un mezzo di nullità ed ordina alle parti di litigare nel merito; Cassaz. 14 prim. anno XII. (*Sirey t.* 4, *p.* 69. *Gior. dei Pat. t.* 15, *p.* 193), che rigetta una opposizione; Montpellier, 6 febb. 1832 (*Giorn. dei Pat. tom.* 44 *pag.* 568); che pronunzia sopra un mezzo d' inammissibilità dedotto contro una opposizione di terzo; Rouen, 25 brum. anno X (*Giorn. dei Pat. tom.* 15, *pag.* 184); che dopo la verificazione di scrittura, dichiara che il documento è scritto da colui a cui si attribuisce; Cassaz. 21, messid. anno IX. (*Sirey, t.* 2, *pag.* 512, *Giorn. dei P. tom.* 15, *pag.* 184). Vedi talune altre specie nel nostro dizionario generale di procedura, alla parola *sentenze preparatorie ed interlocutorie*, n. 76, 86, 98, 118, 123, e Giorn. de' Pal. tom. 44, pag. 214.

Ma si sono ragionevolmente considerate come interlocutorie.

La sentenza che ordina una verificazione o una prova di fatti che giudicano anticipatamente il merito, Brusselles, 23 mag. 1817 (*Giorn. de' Pat. pag.* 281), o che pregiudicano la decisione di una eccezione d' incompetenza, Brusselles, 7 giugno 1828, (*Giorn. di questa corte*, *tom.* 2, *del* 1828, *pag.* 107); che ordina un' esame sopra un fatto che approfondendolo può portar con se la decisione della causa; Rennes, 29 giugno 1816 (*Gior. dei Pat.*, *tom.* 19, *pag.* 194): Cassazione, 4 marzo, 1828 (*Giorn. dei Pat.*, *tom.* 35, *pag.* 204); *vedi* benanche le decisioni riportate nel Giorn. dei Pal., tom. 15, pag. 195, che ordina una verificazione di luoghi in fatto di servitù, Amiens, 11 maggio 1822 (*G. dei Pat. t.* 24, *p.* 152), cass., 26 giugno 1723 (*Gior. di questa corte t.* 23 *p.* 384; *Gior. dei P. t.* 25, *p.* 230); 9 dicemb. 1828 (*G. dei P.*, *t.* 36, *p.* 179); Bordeaux, 8 aprile 1826 (*Taland. t.* 13, *p.* 26), e 12 gen. 1828 (*G. di Bordò*, *t.* 3, *p.* 17), che ordina la visita, per mezzo di periti, di un naviglio che dicesi contenere un contrabbando; Cassaz. 27 aprile 1830 (*G. di questa corte*, *t.* 30, *p.* 182, *G. dei P. t.* 39, *p.*141); che ordina ad una parte di dichiarare se essa intende di far uso di un documento arguito di falso, Grenoble, 8 maggio 1832 (*G. dei P.*, *t.* 45, *p.*251); che ordina un nuovo interrogatorio alla persona di cui si dimanda la interdizione; Gand, 17 aprile 1835 (*G. di Bordò, t.* 7, *part.* 2, *del* 1835, *p.*550); che ammette una iscrizione in falso; Colmar 27 giugno 1832 (*G. dei P.*, *t.* 43, *p.* 538); che nomina un curatore ad una eredità giacente quando gli eredi dimandino il possesso; Torino, 13 aprile 1807 (*G. dei P.*, *tom.* 2, *p.* 333); che, sopra una dimanda di estimazione, ordina tale estimazione e riserba non solamente di decidere sulle spese, ma benanche su tutt' i motivi d' inamissibilità e su tutte le eccezioni; cas., 4 brum. an. XI. (*G. dei P.*, *t.* 15, *p.* 185); che ordina verificarsi dai periti le riparazioni per attestarne il valore; Rennes, 30 mag. 1817 (*G. dei P. tom.* 15, *pag.* 252) pria di far dritto e senza pregiudicare affatto il merito; cas. 29 marzo 1836 (*G. dei Pat. t.* 51, *p.* 487); che, sopra una dimanda di revindicazione, ordina una perizia ed una pianta topografica, Douai, 13 aprile 1836 (*Gior. dei Pat.*, *tom.* 51, *pag.* 717).

IV. L'art. 451 † 515 dispone che il termine per appellare avverso le sentenze preparatorie non comincia a decorrere che dalla notificazione della sentenza diffinitiva.

Vale lo stesso per le sentenze interlocutorie?

Nò, dicono alcuni scrittori; poichè rispetto a quest' ultima sentenza, la disposizione non è affatto ripetuta; e dippiù l' articolo dice che si potrà interporre appello *prima* della sentenza diffinitiva, il che sembra escludere la facoltà d' interporlo *dopo*, e sopratutto d' interporlo quando sono spirati i tre mesi.

Sulle prime chiaro si scorge che si va troppo oltre vietando in un modo generale l' appello dalla sentenza interlocutoria quando fu pronunziata la sentenza diffinitiva, quantunque non sieno decorsi i tre mesi dall' epoca della notificazione della prima. Niun testo di legge e niuna solida ragione sostengono questa opinione, la quale non è affatto accreditata, e che venne respinta dalla corte di Rennes a' 28 aprile 1813 (*Giorn. dei Pat. tom.* 19, *pag.* 173), 19 mag. 1812 (*Giorn. dei Pal. tom.*

15, *pag.* 241), e da quella di Metz, 3 genn. 1812 (*Gior. dei Pat. tom.* 15, *pag.* 239).

Ma vi ha dippiù, e noi crediamo che, il termine per appellare, tanto per la sentenza, interlocutoria che per la preparatoria, non decorre che della notificazione della sentenza diffinitiva.

Carrè, che ha lunga pezza esitato a risolvere questa quistione, ha finito coll' adottare nel numero 1629 l' affermativa da noi enunciata, ed indipendentemente dagli scrittori da lui citati in sostegno del suo sistema, noi dobbiamo indicare Poncet, tom. 1, pag. 153 e seg.; Talandier, pag. 133, n. 148, e Thomines Desmazures, tom. 1, pag. 689.

Nulladimeno Boitard, tom. 3, pag. 87, si pronunzia con forza per la negativa, siccome fa benanche Merlin, Repert. tom 16, pag. 515, alla parola *Interlocutoria*, n. 2, e Berriat Saint-Prix, p. 774. 4. 42, 13.

La diversità di redazione fra i due paragrafi dell' art. 451 non sembra di natura tale ad offrire un solido argomento a favore di quest'ultima opinione. Tuttocciò che risulta da questa differenza si è che l' appello è permesso per rispetto alle sentenze interlocutorie, indipendentemente da quello della sentenza diffinitiva che il primo può prodursi separatamente dall' altro e che non è lo stesso per rispetto alla sentenza preparatoria, che in una parola la facoltà per appellare è più estesa per le sentenze interlocutorie che per le preparatorie. Ma, nelle espressioni consacrate per le interlocutorie, noi non iscorgiamo nulla di restrittivo, nulla che tenda a diminuire il termine concesso per le preparatorie. E se si considera che, sotto quest' ultima denominazione, erano originariamente indicate tutte le sentenze non definitive, se ne conchinderà che il primo paragrafo contiene una regola generale, alla quale il secondo paragrafo viene a fare soltanto una eccezione, tal che, per avere il complesso delle disposizioni della legge sull' appello dalle sentenze interlocutorie, bisogna combinare insieme i due paragrafi.

Laonde, dicendo che l' appello da una interlocutoria *potrà* prodursi prima della sentenza diffinitiva, l' art. 451 non assegna esclusivamente quest' epoca al diritto di cui regola l' esercizio, ma all' opposto è questa una nuova facoltà da lui concessa, da lui aggiunta alla prima, e la idea di facoltà non esclude forse qualunque idea di obbligazione?

D' altronde non si scorge forse che quando è pronunziata la sentenza diffinitiva, tutte le sentenze d' istruzione che l' han preceduta, e sulle quali esso si fonda sono, per la forza delle cose, come riunite colla sentenza in merito per non farne che una sola, e per conseguenza il decadimento non può colpire le prime senza aver pria colpito le seconde; il chè fece dire a Merlin, quist. di dritto, alla parola *testamento*, § XIV. ed a Talandier, pag. 121, che l' appello avverso la sentenza interlocutoria è in qualche modo inutile e trovasi virtualmente compreso nell' appello avverso la sentenza diffinitiva.

Del resto è ben chiara la ragione della legge per far decorrere il termine dell' appello soltanto dalla notificazione della sentenza diffinitiva. Tutto il danno che risulta contro la parte da una sentenza interlocutoria, è un giudizio anticipato nel merito; il quale, sol perchè è un giudizio anticipato, può in questo o in quell' altro caso ispirare oppur no serî timori, e fare oppur no presentire dei gravi risultamenti.

Che se la parte tema realmente le conseguenze di questo giudizio anticipato, è naturale che la legge lo autorizzi a prevenirle, producendo appello prima della sentenza diffinitiva. Ma se tali conseguenze non gl' ispirino veri allarmi, se la parte ha delle ragioni a credere che i giudici ritorneranno su di ciò che hanno in parte giodicato, bisogna forse obbligarla, per prevenire un evento ch' egli non crede potersi verificare, a far degli atti di procedura che possono divenire inutili? Bisogna forse impedirle di avere ancora fiducia nei lumi dei suoi giudici e punirla di questa fiducia allorchè sarà stata ingannata dal risultamento? Non è egli forse più giusto, quando eleverà dei reclami sulla sentenza definitiva, di autorizzarla benanche ad elevarne contro il giudizio anticipato, dapprima poco temuto, ma che nulladimeno è divenuto la sorgente della detta sentenza?

Queste ragioni c' inducono ad opinare che il termine per appellare dalla sentenza interlocutoria non può decorrere che dalla notificazione della sentenza diffinitiva.

Noi citeremo in sostegno di questa teoria le decisioni della Corte di cassazione de' 29 mag-

gio 1822, (*Sirey* , 24 , 1 , 326 ; *Gior. dei pat. tom.* 27 *pag.* 278); 26 giugno 1826 (*Sirey* , 27 , 1 44. *Gior. de' pat. tom.* 31 , *pag.* 252) e 5 giugno 1833 (Gior. de' patr. tom. 49 pag. 563 ; e delle Corti di Treves, 1 agosto 1810 (*Sirey* , 11 , 2 , 225), Grenoble 14 e 22 agosto 1817, 6, decembre 1823 (*Sirey* , 24 , 2 , 360), Potiers, 23 luglio 1823 (*Sirey* , 24 , 2 , 360) ; Potiers, 3 decembre 1823, Bourges, 2 feb. 1824 (*Sirey* , 24 , 2 , 362) ; *Gior. de' pat. tom.* 27 , *pag.* 277 *e seg.*), Rennes , 22, gennajo , 1821 (*Gior. de' pat. tom.* 15 , *pag.* 261) ; Tolosa, 10 luglio 1823 (*Sirey*, 28 , 2 , 236), Caen 2 agosto 1827 (*Sirey* , 37 , 2 , 233 ; *Gior. di questa corte , tom.* 7 , *pag.* 105); Bordeaux 30 agosto 1831 (*Gior. de' pat. tom.* 42 , *pag.* 170) ; e Potiers, 10 decembre 1833 (*Gior. de' pat. tom.* 49 , *pag.* 608).

Ma il sistema opposto fu adottata dalle corti di Besançon , il 10 febbraio 1809 (*Gior. dei pat.* , *tom.* 15 , *pag.* 209) ; di Metz , 3 gennaio 1812 (*Gior. de' pat. tom.* 15 , *pag.*239) di Rennes , 19 maggio 1812 (*Gior. de' pat.* 12 , *pag.* 211 , d'Augus 21 agosto 1821 (*Sirey* , 24 , 2 , 360 ; *Gior. de' pat.* , *tom.* 22 , *pag.* 278), di Montpellier , 5 decembre 1821 (*Gior. de' pat. tom.* 15 , *pag.* 233) ; di Rouen , 30 novembre 1826 (*Gior. di Rouen e Coen , tom.* 1 , *pag.* 176) ; di Limoges , 28 marzo 1838) *Gior. de' pat.* , *tom.* 55 , *pag.* 396) e 22 gennaio 1819 (*Gior. de' pat. tom.* 56 , *pag.* 368).

Puossi pure addurre in conferma uno dei motivi spiegati dalla corte di Rennes nella sua decisione dei 20 marzo 1824 (*Giorn. dei pat. tom.* 27 , *pag.* 284.) Ma questo è un motivo accessorio, e la vera ragione per rigettare l'appello , in questa specie , si è che trattavasi di una sentenza diffinitiva e non interlocutoria.

I soli arresti dalla corte suprema pronunziati sulla quistione , furono , come si è visto, in sostegno della nostra opinione; poichè quello del 20 luglio 1830 (*Giorn. dei pat.* , *tom.* 40 , *pag.* 116) non ha alcun rapporto colla quistione : la sentenza da cui nella specie erasi prodotto appello, quantunque dalla corte qualificata per interlocutoria , era puramente definitiva , donde necessariamente seguiva che lo spirar dei tre mesi , dopo la sua notificazione , avea dovuto precludere l'adito all'appello.

La soluzione della quistione tendente a conoscere se l'appello da una sentenza interlocutoria è benanche permesso alla parte che vi ha prestata acquiescenza o che l'ha volontariamente eseguita , non dipende affatto da quella data da noi , relativamente all'epoca in cui deve cominciare il termine per appellare da tali sentenze.

Poncet , tom. 1 , pag. 154 e seg. vuole nullameno risolvere queste due quistioni col medesimo principio , e non permette a coloro che adottano l'affermativa sulla prima di sostenere la negativa sulla seconda : « L'acquiescenza , egli dice , che risulta dallo spirar dei termini è così reale ed efficace come se si fosse prestata espressamente dalla parte , o che la sentenza si fosse eseguita senza alcuna riserba. »

Epperò , egli conchiude , se la parte è liberata dal decadimento nel primo caso , lo è pure nel secondo.

Ma questo ragionamento è difettoso ; poichè noi non liberiamo la parte dal decadimento incorso a causa dello spirar del termine , ma diciamo all'opposto che tale decadimento non ha luogo , per non essere decorso il termine , atteso che l'epoca in cui comincia a decorrere in questo caso non è la stessa come nelle circostanze ordinarie.

Ragionando come Poncet , verrebbesi a sostenere non esser possibile alcuna acquiescenza rispetto alle sentenze diffinitive , finchè dura per esse il termine per interporre appello , il che è contrario alle più semplici nozioni ; perciocchè dal non essersi verificate le condizioni per incorrere in un decadimento , non ne siegue necessariamente che non si possa incorrerne in un'altro di un diverso genere.

Per la qual cosa crediamo in questa occasione poterci allontanare dalla opinione di Poncet , quantunque adottata da Talandier , p. 112 e seg. , e decidere con Boitard , t. 3 , p. 91 , e Thomine Desmazures, tom. 1 , p. 689 e seg. , che l'acquiescenza e per conseguenza la esecuzione volontaria , pura e semplice , non giustificata e senza riserba , tale infine da noi caratterizzata nelle nostre osservazioni alle note sulla quistione 1584 , rende la parte inamissibile a produrre appello.

Noi non siamo obbligati di continuare in questo luogo l'assimilazione fra il primo ed il secondo paragrafo dell'art. 451 , ed applica-

re alle sentenze interlocutorie quello che dice l'articolo della esecuzione, senza alcuna riserba, delle sentenze preparatorie; poichè se la legge autorizza a produrre appello da queste ultime dopo di averle eseguite senz' alcuna riserba, ciò nasce da una ragione non applicabile alle sentenze interlocutorie, cioè, perchè non essendo permesso l'appello dalle sentenze preparatorie prima della sentenza diffinitiva, nè separatamente dall'appello contro quest'ultima, la esecuzione è sempre forzata, non avendo mai la parte, per impedirla, la risorsa dell' appello, e non potendosi mai in tal caso annettere ad una esecuzione che la parte non poteva evitare, una presunzione di acquiescenza.

Non così, come più volte abbiam visto, delle sentenze interlocutorie: l'art. 451 procura di avvertirci potersi interporre appello immediatamente dopo la pronunziazione di esse. Epperò la parte può sempre con questo appello evitare la esecuzione, o opporvisi. Che se essa nol fece, se all'opposto, ha dato mano a questa esecuzione, e senza fare alcuna riserba, è chiaro che non è scusabile, e che non può sottrarsi alla presunzione di acquiescenza.

La legge ha permesso ed ha dovuto permettere che la parte guardasse il silenzio sulla sentenza interlocutoria dalla quale risulti contro di lei un giudizio anticipato, poichè essa può sperare che siffatto giudizio anticipato non avrà alcuna conseguenza; nulladimeno ha dovuto riserbarle il dritto di elevare i suoi reclami, allorchè quel giudizio anticipato da lei non temuto ha prodotto degli effetti inattesi; ma se il silenzio non impedisce di conservare questo diritto, la rinunzia espressa o tacita deve farlo perdere.

Or questa rinunzia risulta o da una formale acquiescenza, o dall'esecuzione che ne presenta i caratteri.

Ma è chiaro che in questo caso le circostanze del fatto debbono determinare i giudici, e noi non possiamo tutto al più che riportarci a' principi esposti nelle nostre osservazioni sulla quistione 1584, per determinare in quali casi sarà sufficiente la esecuzione per far supporre l' acquiescenza. Ed appunto a questa idea si arresta Thomines Desmazures.

Un gran novero di decisioni han consacrata la opinione che noi sosteniamo.

Ve ne sono tre rimarcabilissime della corte di cassazione. 1. agosto 1820 (*Giornale dei pal. tom.* 27, *pag.* 286; 17 novembre 1829 *Sirey*, 29, 1, 405; *Giornale de' pal. tom.* 38 *pag.* 37), e 12 gennaio 1836 (*Giornale dei pal. tom.* 50, *pag.* 382, e DEVILL, 36, 1, 201), quest' ultima renduta sulle conclusioni uniformi dell'r avvocato generale Nicod.

Ed in risguardo alle corti reali noi citeremo: le decisioni di Liege, 16 gennaio 1811; Colmar 10 novemb. 1813; Metz, 23 novemb. 1815, 22 ottobre 1817; Orleans, 13 decembre 1822; Montpellier 15 decembre 1821 (*Giornale dei pal. tom.* 15 *pag.* 233), Rennes, 22 gennaio 1821 (*Giornale de' pal, tom.* 15, *pag.* 261); Metz, 5 gennaio 1820 (*Giornale de' pal. tom.* 27, *pag.* 286) Angers 21 agosto 1821 (*Giornate de' pal. tom.* 27, *pag* 278); Limoges, 6 marzo 1822 (*Giornale de' pal. tom.* 24 *pag.* 75); 13 maggio 1823 (*Giornale de' pal. tom.* 25, *pag.* 159); Agen 7 giugno 1826. (*Giornale de' pal. tom.* 43 *pag.* 543); Liege 30 marzo 1835 (*Giornale di Brusselles* 1835, 2, 140); Colmar, 25 giugno 1833 (*Giornale de' pal. tom.* 50, *pag.* 107) 19 decembre 1832 (*Giornale de' pal. tom.* 44, *pag.* 36) *Lione* 27 decembre 1832 (*Giornale de' pal. tom.* 46, *pag.* 145).

Gli è vero che la opinione contraria è sostenuta quasi da un' egual numero di decisioni; ma non ve ne ha alcuna della corte suprema. E fra quelle che indicheremo, molte sono fondate sopra motivi particolari, che le fanno rientrare o nel nostro sistema, o almeno allontanarsene soltanto ipoteticamente.

In tal guisa la corte di Pau, 15 febbraio 1826 (*Giornale de' pal. tom.* 30, *pag.* 332), ammise l' appello da una sentenza interlocutoria eseguita volontariamente, a solo riflesso che la specie di cui trattava, lungi di esser regolata dal codice di procedura, l' era dalla legge del 3 brum. anno 11, la quale non faceva alcuna distinzione fra le sentenze preparatorie e le interlocutorie. Vedi ancora Besançon, 3 giugno 1808 (*Giornale dei pal. tom.* 15, *pag.* 205.)

In tal guisa la corte di Douai, 15 dicembre 1819 (*Gior. dei p. t.* 15, *pag* 232); quella di Pau, 5 maggio 1836 (*Gior. dei pal. tom* 15, *pag.* 497); quella di Limoges, 18 aprile 1837 (*Gior. dei pal. tom.* 53, *pag.* 491), e la corte di cassazione, 17 giugno 1822. (*Gior. dei pal. tom.* 24, *p.* 196) si sono fondate sul motivo

che la esecuzione era stata forzata, trattandosi di una istruzione nella quale bisognava osservare certi termini, sotto pena di decadimento, ovvero sul motivo di essersi fatte sufficienti riserbe per conservare il dritto di appellare.

Rispetto alle decisioni in senso opposto, che non possiamo spiegare con motivi particolari, esse sono quelle delle corti di Treves 1. agosto 1810 (*Gior. dei pat. tom.* 27, *pag.* 295) ; Colmar 4 decembre 1810 (*Giorn. de' pat. tom.* 15, *pag.* 229) ; Rennes 8 gennaio 1812 (*Giorn. de' pat. tom.*15, *pag.* 229) Nancy 28 giugno 1817 (*Gior. de' pat. tom.* 15, *pag.* 230); Besançon, 2 marzo 1815 (*Gior. de' pat. tom.*15, *pag* 322); Bourges 2 feb. 1824(*Gior. de' pat. tom.* 27, *pag.* 282) ; Brusselles 20 gennaio 1826 (*Gior. di questo corte*, *tom.* 2, *del* 1826, *pag.* 119 Bourges.7 febbraio 1827 (*Gior. de' pat. tom* 33, *pag* 37) ; Bordeaux 5 aprile 1827 (*Gior. di questa corte tom* 1, *pag.* 215) ; 29 novembre 1828 (*Gior. de' pat. tom.* 37, *pag.* 31) 25 febbraio 1830 (*Gior. di Bordeaux* 1830, *pag.* 169); Bourges 12 maggio 1832 (*Giornale di questa corte tom.* 11, *pog.* 218) ; Poitiers 10 decembre 1833 (*Gior. de' pat. tom.* 49, *pog.* 608).

Talandier, p. 118, fa la seguente obiezione che a lui sembra molto importante: « Voi ammettete che la interlocutoria non liga il giudice, neanche il giudice di appello, allorchè venne volontariamente eseguita;or,come può darsi che nel mentre non liga affatto i magistrati, liga nulladimeno le parti? Come va che la parte non ha il dritto di dimandare al giudice quello che il giudice ha il dritto di fare ? »

Questa apparente contraddizione nasce da una confusione che sembraci utile di fare osservare.

Qual' è la parte della sentenza da cui si ha il dritto di appellare? È evidente essere la parte che decide, che ha un dispositivo, che ordine tale o tal'altra misura. Il giudizio anticipato non addiviene che indirettamente l'oggetto dell' appello ; nè è suscettibile di costituire da se stesso e separatamente un motivo di rivocazione.

Allorchè la parte presta acquiescenza, essa dà al dispositivo soltanto l'autorità della cosa giudicata,e questa autorità è con ciò acquistata e non solamente per rispetto ad essa,ma anche rispetto ai giudici superiori i quali non possono più rivocare la parte diffinitiva della sentenza.

Ma l' acquiescenza non può dare l' autorità della cosa giudicata a chi non fu giudicato ma contro di cui si è pronunziato soltanto un giudizio anticipato. I giudici di appello, rispettando la sentenza in merito, non ne ammetteranno mai le conseguenze probabili, ma non necessarie. Essi resteranno liberi a tal riguardo. E se le parti non possono più appellare, si è perchè quello che rimane d' indeciso nella sentenza, quello che non è altro se non un giudizio anticipato,non è suscettibile di appello. Ma nulla impedisce che, sottomesse al dispositivo della sentenza, esse rammentino al magistrato superiore il diritto che ha egli di non aver alcun riguardo al giudizio anticipato contenuto in siffatta sentenza, ed implorino da lui ch' eserciti un tal diritto ; e con ciò non viene a prodursi alcun appello, poichè non si dimanda alcuna rivocazione.

Questa duplice posizion delle parti e dei giudici di appello è indicata e valutata alla stessa foggia dalla corte di Limoges, nella sua decisione de' 22 gen. 1839 (*Gior. dei pat. tom.* 56, *pag.* 368), e nella requisitoria di Nicod, sulla quale fu pronunziata l' arresto della corte di cassazione dei 12 gen. 1836 (*D* 36. 1. 201, *e Talandier, pag.* 118.)

Per lo che non avvi alcuna contraddizione nella nostra opinione.

V. Giusta le precise distinzioni da noi fatte or ora, il senso della massima *la interlocutoria non liga il giudice* non può implicare il menomo dubbio.

La interpetrazione che ne conseguita si allontana al tempo stesso dalla opinione che vorrebbe concedere al giudice la libertà di rivenire su quanto trovasi di aver deciso, e da quella che, rifuggendo da tale conseguenza, tratta la massima in parola come un'errore di giurisprudenza.

Avvi, abbiam noi detto,in ogni sentenza che prende il titolo d' interlocutoria, due parti distinte, il dispositivo che decide, che per conseguenza è diffinitivo, che esaurisce il potere del giudice in ciò che prescrive, sul quale conseguentemente non può più rivenire, ed al quale trovasi irrevocabilmente ligato. Oltre a ciò vi ha la parte che giudica anticipatamente quello che non ancora forma l'oggetto della sentenza, ma che giudicandolo anticipatamente,non ha il carattere di una sentenza, e lascia al giudice il dritto di rivenire sopra ciò che altro non è se

non l'anticipata manifestazione di una opinione.

Laonde, da che cosa il giudice è ligato? Dalla parte diffinitiva, dalla parte che decide.

E da che cosa non è ligato? Dalla parte interlocutoria, dalla parte che contiene soltanto un semplice pregiudizio.

Si è forse ordinato un esame su' fatti controversi?

È stato definitivamente deciso che avrà luogo un tale esame: non si può dunque, con una sentenza posteriore, impedir di procedervi.

Ma ciò che costituisce un giudizio anticipato si è la condanna della parte la quale non farà la prova dei fatti da lei allegati. Essa dunque non eseguirà questa prova? da ciò non ne seguirà al certo che il giudice debba necessariamente condannarlo; poichè egli può abbandonare il suo primiero avviso, sostenere che la prova non era necessaria, e che vi erano nella causa altri elementi per far guadagnare la lite alla parte la cui prova fu inefficace.

Si è forse dichiarato che certi fatti erano pertinenti a provarsi?

Non si può più rivenire su questa dichiarazione, poichè essa è definitiva.

Ma non perciò si è rimaso ligato dal risultamento della pruova.

Si è forse autorizzato un esame testimoniale, allorchè si è fatta una discussione sulla sua ammissibilità?

Fu però definitivamente deciso essere ammissibile; il giudice non può più rigettarlo dicendo esser stato ordinato fuori dei casi dalla legge previsti.

Ma il pregiudizio recato al merito dallo esame eseguito non è affatto irrevocabile: nè si può non tenerne alcun conto.

In una parola, poichè crediamo aver assegnato regole sufficienti per distinguere ciò che in una sentenza è diffinitivo, da ciò ch'è interlocutorio, soltanto a quest'ultima parte, e non già all'altra, applicherassi la massima. Il senso non offre più alcuna difficoltà; nè bisogna cercare altra interpetrazione che la più letterale di tutte.

La interlocutoria non liga il giudice. Come potrebbe ligarlo, se essa non costituisce che un semplice avviso anticipato? Il giudice può essere ligato in altro modo che dalla sua sentenza?

Ma il dispositivo di ogni sentenza, qualunque sia, liga il giudice; poichè egli non può decidere che una sol volta.

Questi principi ci sembrano molto bene isviluppati in una decisione della corte di Nancy del 28 luglio 1817 (*Gior. dei pat.*, *tom.* 15, *pag.* 230, 3. *espos.*), le cui considerazioni crediamo dover qui trascrivere.

» Considerando, in fatto, che la dimanda originaria, riprodotta dall'appello principale, presenta a decidere, in dritto, se un testamento dovea essere dichiarato nullo, nel caso in cui fosse dimostrato che uno dei testimoni chiamati ad assistere alla sua formazione non avea sufficiente pratica, nè intelligenza della lingua nella quale fu dettato il testamento, per comprenderne le disposizioni allorchè le dettava il testatore, o allorchè il notaro le leggeva:—Considerando, nel rito, che tale quistione rimane intera e sciolta dal legame dell'autorità della cosa giudicata, non ostante la sentenza interlocutoria che ammise la prova del fatto allegato, ed anche nella supposizione che l'appello non fosse più ammissibile a causa della volontaria esecuzione di essa; — Che se di fatti dicesi, l'interlocutoria pregiudicare il merito, si è nel senso che essa dà a conoscere la opinione che il giudice ha adottato nella quistione in merito, e per conseguenza fa prevedere quale ne sarà la probabile influenza sulla decisione diffinitiva: giusto motivo per concedere a quella fra le parti che credesi interessata a far predominare un principio contrario, la facoltà di adire immediatamente, per mezzo dell'appello, il tribunal superiore, relativamente alla quistione sulla quale essa può temere di non più trovare il primo giudice così esente di preoccupazione:—Che pertanto costui non è irrevocabilmente ligato alla sua prima opinione; ch'è una chimera supporre che una sentenza possa essere già definitiva sul punto di dritto, allorchè non è che interlocutoria sul punto di fatto, tal che il punto di dritto non essendo che la ragion di decidere, e non già l'oggetto immediato della sentenza, non è suscettibile di una decisione separata, ma che non acquista la forza e l'autorità della cosa giudicata se non perchè si applica alla dimanda che forma l'oggetto del giudizio, ed in seguito della decisione definitivamente pronunziata sulla dimanda: che in tal guisa adunque tutto il tempo che la lite rimane sospesa e soggetta alla eventualità di un preliminare di sentenza, il diritto medesimo rimane indeciso, avendo potuto il giudice nella sua mente adottare un avviso o un principio,

farlo anche trasparire, ma non già costituirne una sentenza; — Che però l'oratore incaricato di presentare il voto del tribunato, sul lib. 3. del Cod. di proc. civ. osservava, sull'art. 451 † 515 la cui disposizione autorizza l'appello dalla sentenza interlocutoria, prima della sentenza diffinitiva, che la sentenza interlocutoria « senz' altro oggetto apparente meno quello » d'illuminare la religione dei magistrati, potrebbe finire col farli samarrire facendo loro » concepire la falsa idea ch'essi stessi pronunziandola rimarrebbero ligati ; — Che non è questa soltanto una facoltà concessa al giudice, ma piuttosto un dovere a lui imposto, di decidere in definitivo, secondo la sua coscienza ed il suo convincimento: rigettando, se il suo convincimento glielo comanda, il principio che avea dapprima adottato, per attenersi a dei motivi, sia di fatto, sia di diritto, che avea prima rigettati ; che la stessa indipendenza di opinione appartiene, a maggior ragione, al tribunale di appello, innanzi al quale si riproduce la quistione nel medesimo stato in cui era innanzi al primo tribunale, prima della sentenza diffinitiva. »

È chiaro, da siffatte considerazioni, che le parole *rivenire dal giudizio anticipato, discedere ab interlocutorio*, sono in certo modo improprie ad esprimere la facoltà del giudice di decidere altrimenti da quello che sembrava aver fatto prevedere; poichè egli non avea impegnato la sua libertà, non avea nulla deciso, epperò non è obbligato a modificare alcuna cosa: l'esercizio delle sue funzioni, per rispetto alla quistione del merito, non era ancora cominciato. Esso comincia. Allorchè fu adempita la misura ordinata, rispetto a ciò tutto fu perfezionato : l'istruzione è divenuta più completa, e reputasi il giudice maggiormente illuminato. Le parti sono libere di sviluppare i loro motivi di difesa, di aggiungervi, e di presentare nuove conclusioni spiegative.

La maggior parte delle decisioni che hanno applicata la massima, *semper judici ab interlocutorio discedere licet*, l'hanno intesa in questo senso, e noi per conseguenza dobbiamo approvarne la teoria.

Citeremo fra le altre le decisioni della corte di cassazione, 27 nevoso anno 15, 2 brumaio anno 8; 11 gen. 1810 (*G. de' pat. tom.* 15, *pag.* 191); 18 luglio 1817 (*G. de' pat. tom.* 2 *pag.* 166); 5 dic. 1826 (*G. de' pat. tom.* 32, *pag.* 282); 10 maggio 1826 (*G. de' pat. tom.* 32 *pag.* 126); 4 maggio 1829 (*Devill.* 29, 1. 235); 2 giugno 1829 (*G. de'pat. tom.* 2, *del* 1829, *pag.* 424); 31 gen. 1836 (*Devill.* 1837, 1, 522, *G. de' pat. tom.* 53, *pag.* 421) e quello della corte di Caen 13 agosto 1813 (*G. de' pat. tom.* 33 *pag.* 421); Besançon, 2 marzo 1815 (*G. de'pat. tom.* 15, *pag.* 192); Rennes, 15 feb 1819 (*G. de'pat. tom.* 15, *pag.* 191); 19 feb 1821 (*G. de'pat.tom.* 16, *pag.* 732); Bordò 11 feb. 1828 (*G. di qu. corte, tom.* 3, *pag.*96) e 18 maggio 1829 (*G. di questa corte, tom.* 4, *pag.* 177).

Gli stessi principî ci portano a decidere che i giudici non sono ligati dalla sentenza interlocutoria, sempre nel significato da noi esposto, quantunque questa interlocutoria sia stata volontariamente eseguita ovvero confermata sull' appello. Perciocchè tanto la conferma, che l'acquiescenza che risulta dalla esecuzione, non possono dar alcuna autorità se non a ciò ch'era stato realmente deciso, ma non possono aggiungere alla sentenza ciò che non vi era, val dire una decisione reale e definitiva sulla quistione ch' essa non avea fatto altro che anticipatamente giudicare.

Sotto quest' ultimo punto di vista, la massima fu benanche applicata dalla corte di cassaz. 14 luglio 1818 (*G. de' P tom* 15, *pag.* 256); 17 feb. 1825 (*G. degli Avv. tom.* 29, *pag.* 45); 10 maggio 1826 (*G. de' P. tom.* 32, *pag.* 126); 2 giugno 1829 (*G. de' P. tom* 2 *del* 1829, *pag.* 424); Brusselles, 24 nov. 1819 (*G. de' P. tom.* 1, 1829, *pag.* 148); Besançon 10 dic. 1817 (*G. di questa corte*, *pag.* 1827) Limoges, 22 genn. 1839 (*G. de' P. tom.* 56, *pag.* 368.)

Certamente noi abbiam detto che l'acquiescenza prestata dalle parti le esclude dal dritto di produrre appello avverso la interlocutoria : ma perchè? Perchè il loro appello non avrebbe potuto versare che sulla parte che contiene una sentenza, e che questa parte, essendo diffinitiva, acquista coll' acquiescenza l'autorità della cosa giudicata. Ma non così del giudizio dato anticipatamente, il quale conserva sempre il suo stesso carattere, ancorchè siasi prestata acquiescenza alla parte definitiva, e sia stata eseguita o confermata.

La corte di cassazione avea dato alla massima un senso sovversivo, secondo noi, allorquando con sua decisione de' 25 vent. an. XI

(*Gior. de' P. t.* 15, *p.* 191), essa avea estesa la facoltà che ne risulta per il giudice fino a concedere a costui il potere di rivocare la sua propria sentenza, e, per esempio, di decidere di non doversi più eseguire un mezzo d'istruzione che avea già ordinato. (*V. qui appresso la quistione* 1617 *ter.*)

Questa interpetrazione contraria ai principî, è la sola che sembra aver colpito Boitard. Laonde questo scrittore, t. 3, p. 84 e seg., rigetta in un modo assoluto la massima di cui ci occupiamo, dichiarandola in ogni caso inamissibile.

Ma non sarebbe certamente caduto in questo eccesso, se avesse riconosciuto il senso in cui noi l'abbiamo interpetrata, e che sembraci essere stato adottato, quantunque con minor precisione, se così vuolsi, dalla maggior parte degli scrittori, e fra gli altri da Favard de Langlade, t. 3, p 151, da Poncet, t. 1. p. 101, n. 78, e da Thomines Desmazures, t. 1, p. 888.

All' opposto Merlin è spesso ritornato sulla massima la *interlocutoria non liga il giudice*, e i suoi principî sono gli stessi dei nostri: Repert. alla parola *Communaux*, § 4 bis, e quist. di dritto, alla parola *Ipoteche*, § 19; *Interlocutoria*, § 5, e Testamento, § 14.

Del rimanente non confondiamo la sentenza condizionale con la sentenza interlocutoria.

La prima pronunzia un giudizio subordinato soltanto ad una eventualità, tal' è, per esempio, la sentenza che fa guadagnare la causa ad una parte, a condizione che presti un giuramento. È chiaro che in questo caso vi ha più che un giudizio anticipato, più dritti di questa parte; vi ha una sentenza formale e diffinitiva la quale impedisce che la causa possa dipendere, per l'avvenire, da elementi diversi dal giuramento ordinato.

Ma non accade lo stesso per le sentenze le quali, *prima di far dritto*, ordinano un semplice mezzo d'istruzione; queste parole *prima di far dritto* indicano il vero punto di differenza. Di fatti queste ultime sentenze nulla pronunziano sul merito del diritto, ma riserbano tutt'i dritti alle parti, in quanto al merito; all'opposto l'altra vi pronunzia in un modo definitivo. La corte di Torino ha attestata questa differenza in una decisione dei 9 aprile 1811 (*Giorn. dei P. t.* 15, *p.* 233).

Bisogna ancora considerare come sentenze definitive, che ligano i giudici che le hanno pronunziate, 1. quella che dichiara che la mancia o la regalia faccia parte del prezzo della vendita di cui si dimanda la rescissione e per la quale venne ordinata una perizia; Cassaz. 19 vend. anno XII (*Giorn. dei P. t*, 15, *p.* 192): 2. quella che pronunzia delle condanne da stabilirsi da periti; Cassaz., 16 aprile 1843 (*Devill. t.* 33. *pag.* 387); Metz, 3 luglio 1818 (*Giorn. dei Pal. t.* 15, *p.* 255), e Brusselles, 8 giugno 1835 (*Giorn. delle decis. di questa corte* 1836, *part.* 1., *pag.* 78.)

VI Dal motivo che non può decorrere alcun termine contro l'appello della sentenza, sia preparatoria, sia interlocutoria, anche notificata prima d'intimarsi la sentenza diffinitiva, originano le seguenti quistioni, 1. se l'appello dalla sentenza diffinitiva comprende virtualmente quello avverso le sentenze non definitive, 2. se, allorquando si è incorso nel decadimento per rispetto alle sentenze in merito, succede lo stesso relativamente alle preparatorie ed interlocutorie.

Quando è pronunziata la sentenza definitiva, questa costituisce il reassunto di tutto il procedimento che ha avuto luogo, e le sentenze che hanno ordinato mezzi d'istruzione precedentemente pronunziate formano un tutto insieme che termina la causa. Quindi ne conchiudiamo con Merlin. Quist. di dritto alla parola *Testamento*, § XIV; con Poncet, t. 15, p. 261; Talandier, p. 121 e con la Corte di Nancy, 25 marzo 1829 (*G. dei P. t.* 37, *p.* 283), che coll' appello dalla sentenza diffinitiva, la sentenza preparatoria o interlocutoria trovasi implicitamente sottomessa all' esame del giudice superiore, almeno per ciò che trovasi strettamente collegato col merito, nel senso però che il giudice può non tenere alcun conto del risultamento della misura d'istruzione che era stata ordinata. Pertanto Talandier dice che il sistema è di appellare al tempo stesso ed esplicitamente dall'una e dall' altra, e la prudenza consiglia a far ciò. Le espressioni di cui si serve la legge per le sentenze preparatorie sembrano giustificare questo avviso: *ne sarà prodotto appello unitamente a quello della sentenza diffinitiva*: noi crediamo ancora essere questo appello indispensabile perchè la parte possa ottenere che la istruzione sia rigettata.

Rispetto alla seconda difficoltà, essa è ancora più facilmente risoluta dallo stesso principio. A che servirebbe l'appello da una sentenza preparatoria o interlocutoria allorchè la sentenza diffinitiva è divenuta inoppugnabile? E se non deve servire ad alcuna cosa, non ne siegue forse di non dover essere ammesso? Ed appunto ciò fu deciso dalla corte di Parigi ai 22 fiorile anno XI. (*G. dei P*, *t.* 22. *p.* 405); di Riom, 2 gen. 1839 (*Gior. di questa corte*, 1829, *p.* 180); e di Poitiers, 5 feb. 1829 (*G. dei P. t.* 37 *p.* 64.)

Quantunque la sentenza che pronunzia una condanna a condizione di prestar un giuramento, sia una sentenza diffinitiva condizionale, e non già una sentenza interlocutoria, pure analogamente a questi principi la corte di Bordeaux decise ai 19 luglio 1830 (*Giorn. di questa corte*, *tom.* 5, *p.* 474) che una tal sentenza è inoppugnabile, allorchè la sentenza posteriore alla prestazione del giuramento, sia passata in forza di cosa giudicata.]

[1617 bis. *In qual modo bisogna regolarsi relativamente alle sentenze provvisionali?*

Le sentenze provvisionali non sono nè d'istruzione ne' pregiudicano il merito; ma pronunziano diffinitivamente, quantunque per un dato tempo, sulla controversia di cui si occupano. Epperò sono queste vere sentenze diffinitive, come quelle che pronunziano sopra un'incidente. Puossi quindi l'appello indubitatamente produrre pria della sentenza sul merito.

Tali sono, la sentenza che pronunzia una condanna provvisionale a condizione di dar cauzione; Torino, 9 fiorile anno X (*G. dei pat. tom.* 15, *p.* 187.) quella che, in seguito di una dimanda d'interdizione, nomina, prima di pronunziare, un'amministratore provvisionale per prender cura della persona e dei beni del convenuto per la interdizione; Brus. 28 dicem. 1826 (*Giorn. di questa corte, tom* 1, *del* 1827 *pag.* 253).

La sentenza che nomina un depositario per amministrare i beni durante il giudizio di divisione, fu dalla corte di Orleans risguardata como preparatoria, ai 20 aprile 1814 (*G. dei p. tom.* 15, *pag.* 245) e dalla corte di cassaz., 18 marzo 1828 (*G. dei pat. tom.* 36, *pag.* 107). Lo stesso carattere fu attribuito dalla corte di Treves, alli 11 giugno 1806 (*G. dei pot. tom.* 15, *pag.* 200), alla sentenza che autorizza la donna attrice per la separazione, a lasciare provvisoriamente il domicilio del suo marito; ma ciò, secondo noi, non è regolare. Tutte cosiffatte sentenze ci sembrano provvisionali. (*Vedi ciò che abbiam detto sulla quist.* 1816, *trattando delle sentenze preparatorie*).]

[1617 ter. *Allorchè fu pronunziata una sentenza preparatoria a interlocutoria, è necessario forse che sia prima eseguita perchè possa il tribunale pronunziar nel merito?*

No: poichè è noto che la sentenza interlocutoria, e, ciò ch'è ancor più chiaro, le preparatorie non ligano i giudici per la decisione nel merito, ma essi, dopo aver obbligato una parte a fare una prova, possono farle guadagnare la causa, se essa lo dimandi, senza che abbia ancora intrapreso ad eseguir la detta prova; cass., 10 mag. 1826 (*Sirey*, *t.* 27, *p.* 13; *G dei pat. tom.* 32, *pag.* 126). Ma possono pure ordinare che la loro sentenza interlocutoria sia eseguita; Rennes, 5 maggio 1817 (*G. dei pat. tom.* 15, *pag.* 250). E in tutt' i casi essi non possono, dopo di aver ordinato una sentenza preparatoria, decidere prima della sua esecuzione, e senza esserne stato richiesto; poichè ciò sarebbe lo stesso che rivocare la propria sentenza. Sono quindi necessarie novelle conclusioni per rendere i giudici competenti a decidere; Rennes, 2 marzo 1818 (*G. dei pat. tom.* 15, *pag.* 254). *Vedi la nostra quist.* 1616, *e le nostre quist.* 977 *e* 1125.)]

[1827 bis. *La sentenza la quale ordina di farsi la causa in una udienza feriale, è semplicemente d'istruzione ed è forse suscettibile di appello?*

La Corte di Brusselles dichiarò ammissibile l'appello da una simile sentenza, con decisione de' 23 agosto 1822 (*Delaporte, an., tom.* 2, *del* 1822, *pag.* 346).

La competenza delle camere feriali essendo circoscritta a certe date cause, la sentenza che ordinava di farsi la causa veniva implicitamente a rigettare una eccezione d'incompetenza, ed in tal caso bisognava riguardarla come definitiva. (*Vedi la quistione* 1616)].

[1627 ter. *Una sentenza la quale dichiara non esservi luogo allo stato di accogliere la dimanda, è preparatoria o definitiva?*

I tribunali, sotto pena di denegata giustizia, debbono pronunziare definitivamente sulle controversie loro sottomesse. Quello che giudicasse in *quanto al presente*, riserbando per l'avvenire i dritti della parte che non avesse potuto pro-

durre i suoi documenti, anderebbe direttamente contro il voto della legge, eternando delle liti ch'essa vuole estinguere al più presto possibile.

Un' egual sentenza, se non fosse impugnata con mezzi legali e nel termine, dovea dunque considerarsi, malgrado le riserbe in essa contenute, come quella che avea per sempre esaurito il giudizio.

Ciò appunto fu deciso dalla corte di Grenoble, ai 10 maggio 1809 (*Gior. dei pal. tom.* 15, *pag.* 214) e da quella di Rouen; ai 25 agosto 1828 (*Gior. dei pal. tom.* 38, *p.* 111), dalla corte di Rennes, che avea nulladimeno adottato una giurisprudenza opposta, ai 2 luglio 1816 (*Gior. dei pal. tom.* 15, *p.* 113). Vedi ancora, secondo il primo senso, l' arresto di cassaz., 11 termid. an. VIII (*Gior. dei pal.*, *tom.* 15, *p.* 45); 28 brum. an. VIII (*Gior. dei pal. t.* 15, *p.* 33), e da quella di Nimes, 30 dicembre 1812 (*Gior. dei pal.*, *t.* 15, *p.* 103); e adottando il secondo senso, Caen 8 maggio 1827 (*Sirey* 28. 2. 143).]

[1627 quater. *Può qualche volta aver luogo l' appello da una sentenza preparatoria, prio di pronunziarsi la sentenza definitiva ?*

A sol' oggetto di non prolungare le cause mediante inutili appelli, la legge vieta d' impugnare la sentenza preparatoria, fin dopo la sentenza sul merito. Ma se, fra l'una e l' altra, si da luogo ad una sentenza interlocutoria avverso la quale producesi appello, noi non iscorgiamo più alcuna ragione perchè la parte non possa al tempo stesso appellare dalla sentenza preparatoria. Nè il procedimento verrà ritardato, poichè i due appelli camineranno insieme; è d' altronde la corte, chiamata a conoscere dell' appello di una sentenza qualunque, è con ciò stesso in istato di conoscere di tutta la istruzione che l'ha preceduta. Essa può dunque rivocare la sentenza preparatoria; come infatti fu deciso dalla corte di Brusselles, ai 2 marzo 1822 (*Annali di Laporte tom* 1, *del* 1822, *pag.* 409.)]

[1628 bis. *Le sentenze interlocutorie possono essere impugnate col ricorso in cassazione, come coll' appello, pria di pronunziarsi la sentenza definitiva ?*

L' art. 14 della legge dei 2 brum. anno IV, particolare al procedimento per la cassazione, non fa alcuna distinzione fra le sentenze preparatorie e le interlocutorie. Secondo questo articolo, il ricorso in cassazione contro tutte le sentenze non definitive si retrotrae fino alla sentenza in merito. È noto ch'era lo stesso per l'appello, ai termini della legge dei 3 brum. anno II. L' art. 451 + 515 del codice di procedura civile che ha modificato questa regola rispetto all'appello, l'ha forse lasciata sussistere in quanto al ricorso in cassazione ?

La corte suprema ha esitato a risolvere questa quistione. Coi suoi arresti dei 9 marzo e 16 maggio 1809 (*G. dei pal. t.* 15, *p.* 210), essa avea ammesso dei ricorsi contro sentenze diffinitive. Ma ai 12 aprile 1810 (*ibidem*) sulle uniformi conclusioni di Merlin, Rep. tom. 6, pag. 473, ha adottato una opposta giurisprudenza, nella quale ha persistito ai 13 gennaio 1818 (*Gior. dei pal.* 3 *ediz. tom.* 14, *pag.* 571.)

La conseguenza naturale di questa decisione sarebbe che la esecuzione, anche volontaria, della sentenza interlocutoria, non potrebbe mai costituire un mezzo d' inammissibilità contro il ricorso, il che difatti fu dalla corte di cassaz. deciso ai 27 gen. 1818 (*G. dei pal.*, *tom.* 14, *pag.* 594) e ai 25 agosto 1818 (*G. dei pal.*, *tom.* 15, *pag.* 257). E se si trovano molti arresti, cass. 25 nov. 1817 (*G. dei pal.*, *tom.* 15, *pag.* 253), 2 febb. 1825 (*G. dei pal. tom.* 28, *pag.* 230), 15 aprile 1828 (*G. dei pal.*, *tom.* 36, *pag.* 105), che sembrano decidere il contrario, non è così realmente, trattandosi, nelle specie da essi esaminate, di sentenze *definitive*, che per la verità si chiamano *interlocutorie*, ma solamente a causa delle incertezza in cui erasi ancora sul vero senso di queste parole. Una sola decisione, quella del 6 luglio 1809 (*G. dei pal.*, *tom.* 15, *pag.* 259), la quale fa benanche della esecuzione un mezzo di rigettamento contro il ricorso, non può essere giustificata con siffatta riflessione; perciocchè non può farsi ammeno di scorgere una sentenza interlocutoria in quella che costituiva l' oggetto del ricorso.

Noi però, riassumendo il tutto, avvisiamo non essere lo stesso relativamente alla cassazione come per lo appello, rispetto alle sentenze che sono interlocutorie. « L' adoperar questo mezzo straordinario, di sua natura lento e dispendioso, non sarebbe, dice Poncet, tom. 1 pag. 148, che un vero abuso, *se si autorizzasse pria della sentenza deffinitiva.* Poichè infine, se la parte ha dritto a dolersi della senten-

za preliminare che pregiudica il merito, non è perchè la causa sia deffinitivamente perduta, non essendo i giudici ligati dalla interlocutoria; ma si è unicamente per liberarsi dall'attuale incerteza che gli cagiona una tale sentenza sulla sua sorte futura ed eventuale. Or è chiaro che il ricorso estremo, lontano e dispendioso, presso la cassazione, sarebbe sproporzionato al torto che sperimenta la parte, e che in una parola questo rimedio sarebbe incomparabilmente peggior del male. »

Questa opinione di Poncet è senza esitazione adottata da Thomines Desmazures, tom. 1, pag. 692, e da Talandier pag. 122.]

ART. 453 + 517.

[1631 bis. *Qual' è il vantaggio della qualificazione della sentenza?*

Poichè, secondo l'art. 453 + 517 la qualificazione data da un tribunale alla sua sentenza non cangia affatto la sua natura, può domandarsi se questa qualificazione sia necessaria, e quale ne sia lo scopo.

Essa non è affatto necessaria; per lo che non sempre trovasi nelle sentenze. Ma è utile; poichè, secondo la giustissima riflessione di Thomines Desmazures, p. 693, e di Boitard, tom. 3, pag. 95, essa serve a determinare l'effetto che potrà produrre l'appello sopra questa sentenza, sospensivo se è qualificato in primo grado di giurisdizione, non sospensivo se lo è in ultimo grado. (Art. 457 + 521). Epperò è sempre un gran vantaggio per la parte vincitrice che la sua sentenza sia qualificata per inappellabile; poichè essa potrà farla eseguire non ostante appello; e all'opposto per la parte che soccumbe, che sia qualificata in primo grado di giurisdizione, poichè essa potrà sospenderne la esecuzione mediante l'appello. Beninteso però che tali qualificazioni, se sono erronee, in nulla influiscono sull' ammissibilità o inammissibilità dell' appello.]

[1633 bis. *Il mezzo d'inammissibilità contro l' appello, risultante dal motivo che la sentenza dovea pronunziarsi in ultimo grado di giurisdizione, può proporsi in ogni stato di causa, e supplirsi dal tribunale?*

Questa quistione fu sempre decisa affermativamente, e dovea essere così. Quando la legge attribuisce la forza di cosa irrevocabilmente giudicata alla sentenza pronunziata da taluni giudici, in certi dati limiti, è dell'interesse dell' ordine pubblico che questa sentenza non sia rimessa in quistione. Laonde le parti non possono consentire in un modo sia espresso, sia tacito ad investirne il tribunale superiore il quale non può ritenerne la conoscenza. Questo principio trovasi stabilito in una dissertazione inserita da Devillneve, t. 31, part. 2, pag. 70 della sua Raccolta.

Noi l'abbiamo benanche stabilito nella nostra quistione 739 bis, nella quale abbiamo enunciate innumerevoli autorità. Possonsi del pari aggiungere le decisioni delle corti di Brusselles, 17 marzo 1820 (*G. di questa corte, tom.* 1, *del* 1820, *pag.* 200); di Liege, 6 aprile 1824 (*lo stesso giorn. tom.* 2 *del* 1824, *pag.* 324); di Tolosa, 29 nov. 1828 (*G. de' pal., tom.* 38, *pag.* 234) e di Lione 13 maggio 1838 (*G. dei pal., tom.* 36, *pag.* 37).

Pertanto nelle considerazioni di un' arresto del 7 maggio 1829 (*G. de' pal., tom.* 37 *pag.* 37), la corte di cassazione sembra aver supposto che il mezzo d' inamissibilità rimarrebbe sanato colle conclusioni delle parti; ma siffatto motivo, rendendosi inutile alla decisione, la quale si sostiene colle considerazioni di fatto, non può ritenersi come una vera autorità.

Del resto la nostra opinione è uniforme a quella di Merlin. (V. Quist. di dritto, alle parole *Appello ed ultima istanza*, e di Carré, *Competenza*, parte 2, lib. 2, tit. 4, quistione 313.)]

[1634 bis. *La convenzione di rinunziare all' appello è obbligatoria anche nel caso in cui il tribunale si dichiari incompetente?*

La corte di cassazione al 1 fiorile anno IX (*G. de' pal. tom.* 1, *pag.* 85) decise uniformemente alle conclusioni di Merlin, *Quist.* di dritto, alla parola *appello* §. 7. che questa convenzione dovea estendersi a tutte le sentenze preparatorie e diffinitive che possono aver luogo in un giudizio. La corte di Brusselles, estendendo ancora questo sistema, ha risoluto affermativamente questa quistione ai 16 luglio 1814 (*Giorn. de' pal. tom.* 3, *pag.* 334).

Che se la quistione d' incompetenza si fosse suscitata prima della convenzione, noi crederemmo legale una siffatta opinione; ma se una delle parti l' ha proposto dopo, o se il tribunale l' ha supplita d'ufficio, sembraci che la convenzione non possa ricevere alcuna applicazione; imperocchè il consenso delle parti era relativo soltanto a stabilire il grado di giurisdizio-

ne, e non poteva impedire che il tribunale si rinchiudesse ne' limiti delle sue attribuzioni. Esse avean prorogata la giurisdizione a solo oggetto di decidere la lite esistente tra loro, e certamente questa lite non fu decisa da una sentenza che dichiara la incompetenza. Epperò non può riputarsi che le parti abbiano in questo caso rinunziato al mezzo dell' appello, che la legge accorda sempre allorchè trattasi di sentenze d'incompetenza. (Art. 454 + 518).]

Art. 454 + 518.

[1635 bis. *L' art. 454 è applicabile forse a tutte due le specie d' incompetenza ?*

Il progetto di questo articolo era testualmente ristretto alla incompetenza *ratione materiae*. Ma sulle osservazioni del tribunato, che bramava applicarlo ancora all' incompetenza *ratione personae* (*vedi Locrè, tom.* 22, *pag.* 78, *n.*6), fu adottata l'attuale redazione. Pigeau, *Comment. t.* 2, pag.28; Favard de Langlade, tom. 1, pag. 160, n. 3, e Thomine Desmazures, tom. 1, pag. 693, conchiudono ragionevolmente da ciò, che la regola nel nostro articolo contenuta è generale, ed applicasi ad entrambe le specie d' incompetenza.

Noi pertanto crediamo che non possa essere così se non con la distinzione da noi altrove indicata, val dire, che se trattasi di una incompetenza personale, l' appello non sarà ammissibile se non quando essendo stata proposta la eccezione innanzi ai primi giudici, costoro vi avessero pronunziato; mentre che se la incompetenza è *ratione materiae*, potrassi, senz' averla eccepita innanzi ai primi giudici, appellare dalla loro sentenza e farla annullare nel merito come incompetentemente pronunziata.]

[1635 ter. *Allorchè un tribunale di appello è chiamato, per una causa d' incompetenza, a conoscere dell'appello da una sentenza pronunziata in ultimo grado di giurisdizione, a che si limitano le sue facoltà ?*

Esse limitansi a pronunziare sulla quistione di competenza, senza che possa annullare per altra irregolarità diversa dalla incompetenza, nè disaminare se siasi ben decisa nel merito, nel caso in cui non è accolto il motivo d'incompetenza. Diversamente non vi sarebbe alcuna sentenza, la quale, anche per rispetto al merito, non si potesse portare al secondo grado di giurisdizione, elevando una bene o mal fondata declinatoria.

Questa soluzione, d' altronde evidente, fu consacrata dagli arresti della corte di cassazione de' 22 giugno 1812 (*G. de' P. tom.* 3, *pag.* 310), e 11 maggio 1813 (*G.de' P. tom.* 19, *p.* 174), ed approvata da Favard de Langlade, tom. 1, pag 164, n. 4, e da Boitard, tom. 3, pag. 99. In caso di rivocazione per difetto d' incompetenza, vedi le nostre quistioni sull'art. 473 + 537.]

[1635 quater *Si può forse appellare da una sentenza la quale pronunzia sopra una declinatoria proposta, sia per pendenza, sia per connessità di lite, se il valore litigioso non ecceda la somma che fissa la inappellabilità delle sentenze ?*

La corte di Bordò ritenne la negativa ai 17 agosto 1833 (*Giorn. di questa corte, tom.* 8, *pag* 751). Questa decisione è fondata sul motivo, che la dimanda di rinvio per incompetenza non è propriamente una eccezione d'incompetenza, ma un motivo affinchè non si proceda.

Le soluzioni date da noi alle quistioni 733 e 738, respingono una simile teoria, la quale d' altronde poggia sopra una distinzione dottrinale di nessunissimo valore.]

Art. 455 + 519.

[1636 bis. *Si può forse, dopo di avere abbracciato il mezzo della opposizione, abbandonarlo per prender quello dell' appello ? Se una delle parti che ha perduto siasi attenuta alla opposizione, e un' altra all' appello, avendo lasciato decorrere il termine per la opposizione, in qual modo bisogna procedere per entrambe?*

Queste quistioni che noi riproduciamo, per esser qui il loro posto naturale, furon trattate da Carrè nei n. 1570 e 1571. Epperò ci limitiamo a rinviare colà i nostri lettori.]

[1636 ter. *Il motivo d' inammissibilità contro l' appello prodotto durante i termini della opposizione a prima di essersi pronunziato su di essa, può forse supplirsi di ufficio ?*

Che si; poichè esso risguarda l' ordine delle giurisdizioni, e la regola assoluta la quale esige non potersi dalle parti andare al secondo grado di giurisdizione, priachè non abbiano esaurito il primo; ed anche perchè il mezzo di gravame più semplice, finchè è possibile, deve

sempre essere preferito ad un mezzo più complicato. Tal'è benanche l'avviso di Thomine Desmazures, tom. 1, pag. 994. Vedi per analogia le quistioni 243, 739 bis, e 1676.]

[1636 quater. *Allorchè una parte ha fatto decorrere, senza trarne alcun profitto, i termini per la opposizione, ovvero si è pronunziata una sentenza contumaciale sulla opposizione che avea dapprima prodotta, è nullameno ammessa a ricorrere per mezzo dell' appello?*

Che sì, siccome dicemmo nella quistione 1571.]

[1636 quinquies. *Ma se l' attore fosse stato condannato in contumacia, sarebbe parimenti applicabile l' art.* 445?

Questa quistione deve risolversi con i principî da noi esposti nelle nostre osservazioni sulla quistione 617 e sulla nota alla quistione 1566.

Vi sono alcuni casi ne'quali abbiam dichiarato inammissibili tanto la opposizione, che l'appello. Allora l'art. 455 è certamente inapplicabile. Ma ne' casi in cui abbiamo ammessi questi mezzi di gravame, noi non iscorgiamo alcuna ragione perchè l'attore, il quale voglia usarne, sia dispensato dagli obblighi e privato dei dritti contenuti nell' art. 455.

Thomine Desmazures, tom. 4, pag. 645 e Talandier, pag. 66, i quali hanno disaminata la quistione soltanto sotto l' aspetto che qui si presenta, rifiutano, senz' alcuna distinzione, all' attore contumace il dritto di appellare.

Merlin, Q. di dritto alla parola *appello*, tom. 7, pag. 150, adotta all' opposto le nostre distinzioni e le soluzioni che ne derivano.]

[1636 sexies. *L' art.* 455 *è forse applicabile allo appello da una sentenza la quale, dietro dimanda d' interdizione, avesse nominato un' amministratore provvisionale alla persona contro cui si agisce per la interdizione?*

Merlin, quist. di dritto alla parola *appello*, n. 9. § 1, stabilisce la presente quistione e la risolve negativamente, sul motivo desunto dal perchè una siffatta sentenza non può mai essere contumaciale, disponendo l'art. 497 del codice civile che la nomina di un amministratore provvisionale alla persona contro di cui si reclama la interdizione, non può aver luogo se non dopo essere stata interrogata dal tribunale nella camera di consiglio. Or per soggiacere ad un tale interrogatorio, è necessario ch' essa comparisca; epperò la sentenza non sarà mai pronunziata in contumacia.

« Che cosa importa, dice Merlin, che il convenuto non abbia ancora a quest' epoca nè costituito, nè potuto costituire un patrocinatore, nè per conseguenza conchiudere nella forma ordinaria, per lo rigetto della dimanda contro di lui intentata? senza dubbio, nei casi ordinarii, fa duopo che vi sia costituzione di patrocinatore per parte del convenuto, perchè il giudizio possa divenire contraddittorio. Ma qui la legge ammette lo stesso convenuto a contraddire, senza l'assistenza di un patrocinatore, la dimanda tendente alla sua interdizione: e per conseguenza essa vuole che si reputi contraddittoria la sentenza che si pronunzia in seguito dello interrogatorio a cui è soggiaciuto. »

Epperò non già per mezzo della opposizione, ma unicamente mediante appello, dovea essere impugnata la sentenza, come fu ritenuto dalla corte di Montpellier, a' 29 maggio 1832, con una decisione riportata da Merlin.

Nondimeno noi avremmo limitato l' effetto di questa decisione al caso in cui l'amministratore provvisionale non fosse stato realmente nominato che dopo un' interrogatorio subito dalla persona che dovea essere interdetta.

Che se questa formalità non fosse stata preliminarmente adempita, è chiaro che le ragioni addotte da Merlin non avrebbero più alcun peso, e che la opposizione sarebbe ammissibile nello stesso modo dell' appello, non ostante che non fosse comparso alcun patrocinatore nella sentenza di nomina.

Del resto la quistione deve interamente cangiar di aspetto dopo la promulgazione dell'art. 32 della legge del 30 giugno 1838 su' mentecatti, il quale articolo dispone che la sentenza colla quale è nominato l'amministratore provvisionale ad una persona dimorante in uno stabilimento di pazzi non sarà soggetta ad appello.

Laonde non si tratta più di sapere se debba adoperarsi l' appello o la opposizione per impugnare una tale sentenza, ma soltanto se sia oppur no suscettibile di opposizione.

Rispetto al punto di conoscere se la sentenza che pronunzia la interdizione sia soggetta ad opposizione, vedi la quistione 3030.]

[1640 bis. *Il garante condannato in contumacia verso il reo principale condannato in contraddizione, può forse intervenire sull' appello*

prodotto da costui pria di spirare il termine per la opposizione ?

Una decisione della corte di Limoges, del 12 giugno 1819, riportata da *Talandier*, p. 70, n. 80, ritenne l'affermativa. Questa nuova eccezione alla regola contenuta nell'art. 455 ✝ 519 può sembrar fondata sul principio il quale esige che il garante proceda sempre innanzi al tribunale in cui pende attualmente la causa principale. Altrimenti, dirassi, potrebbesi veder definitivamente deciso l'una senza l'altra, e la giustizia vi andrebbe a soccumbere.

Ma tali considerazioni svaniscono innanzi ai principi da noi sviluppati nella quistione 1581 *quater*, donde risulta che le due controversie, quella fra l'attore ed il reo principale, e l'altra fra quest'ultimo ed il garante, non debbono mai, per procedere egualmente, sorpassare un grado di giurisdizione, nè violare una formalità o un principio essenziale di procedura. La loro unione non è siffattamente necessaria ch' essa non ceda al bisogno di esaurire quella delle due cause ch'è in istato di essere più presto decisa.

Or, nel caso della presente quistione, vi è stata disgiunzione forzata, essendo la causa principale proceduta più presto della dimanda in garentia; ma non perciò quest' ultima non debba anche seguire il suo corso ordinario e legale. Che cosa importa che la quistione subisca due diverse soluzioni, purchè ciò non si verifichi fra le medesime parti? Per lo che innanzi al tribunale, mediante opposizione, debbono ritornare il garante ed il reo principale; salvo a produrre, dopo la sentenza, appello, il quale potrà essere congiunto al primo, se questo non si fosse ancora discusso (*Vedi la quistione* 1581 *quater*, *n.* 8.)

[1645 bis. *Una parte condannata in contumacia, che poggia la sua opposizione sulla incompetenza del tribunale, senza dedurre alcun motivo sul merito, può forse, condannata su questa opposizione da una sentenza che pronunzia soltanto sulla competenza, riunire all'appello prodotto avverso questa seconda sentenza quello prodotto contro la prima, rispetto al quale sembrano spirati i termini?*

Questa quistione risulta da una nota manoscritta da noi rinvenuta nei cartoni di Carrè. Ecco come egli l'avea sviluppata e trattata.»

» Si supponga, per la intelligenza di questa quistione, che io citi Pietro innanzi al tribunale di commercio di Lorient, per ottenere contro di lui il pagamento di un dritto di commissione e di anticipazioni fatte a causa di detta commissione. Al 12 febbr. 1808 si pronunzia una sentenza contumaciale, la quale condanna Pietro al pagamento della somma richiesta. Opposizione per parte di Pietro a questa sentenza, poggiata sul solo motivo che il tribunale non era competente. A' 19 aprile, sentenza colla quale son rigettate le opposizioni di Pietro; alla fine di luglio, appello da questa sentenza, e per quanto fa duopo, da quella del 12 febb. La corte innanzi a cui si quistiona primamente sulla incompetenza, dice che il tribunale era competente, dichiara mal fondato l'appello di Pietro avverso le sentenze dei 19 aprile e 12 febb:, e lo condanna alla multa ed alle spese.

» Pietro è forse ammesso a venire ancora a litigare nel merito innanzi alla detta corte?

» La legge (art. 161 e 255 del cod. di proc. ✝437 e 648 leggi di com.) esige che ogni opposizione sia motivata. Per la verità, noi abbiam detto sull'art. 161, n. 3 della nota *Giurisprudenza*, t. 2, p. 124, che si possono discutere all'udienza quei motivi che non fossero stati inseriti nella istanza. Ma allorchè da una parte non venne inserito nell' atto di opposizione che un solo motivo, senz' aggiungerne alcun' altro, sembra evidente che se questo mezzo è rigettato, la sentenza contumaciale acquista la forza della cosa giudicata, salvo l'appello avverso di quella che rigettò la opposizione, se la causa n' è suscettibile nel merito.

» Or tal'è il caso che si presenta nella proposta specie. L' atto di opposizione è fondato unicamente sulla incompetenza: non fu adunque sottomesso alcun motivo all'esame del tribunale sul merito deciso dalla sentenza contumaciale, allorquandò non avea potuto essere proposta la eccezione d' incompetenza, poichè il convenuto non era comparso nè personalmente, nè per mezzo di un procuratore. In tal guisa non essendo stata impugnata siffatta sentenza se non per una causa estranea al merito e giudicata mal fondata, ne segue necessariamente che questa sentenza deve sussistere, come se non fosse stata opposta. Se dunque si è fatto decorrere il termine per appellare da questa sentenza, val-dire tre mesi, più il termine per la opposizione, uniformemente all'art. 443, non si può essere più ammesso a ricor-

rere mediante appello contro questa medesima sentenza.

» Conveniamo è vero potersi appellare dalla sentenza che rigettò la opposizione; ed allora si presenta un'altra quistione, cioè quella di conoscere se sarà permesso di gravarsi in grado di appello, non solamente dal perchè la sentenza ha rigettato il mezzo dell'incompetenza, solo motivo della opposizione, ma anche dal perchè i primi giudici abbiano malamente giudicato nel merito, pronunziando la prima sentenza, contro la quale si avesse avuto cura di produrre appello per ciò ch'era necessario. Noi crediamo di no. Gli è vero che in grado di appello, secondo la massima, *in appellationibus non deducta deduci, non allegata allegari, non probata probari possunt*, si possano far valere novelli motivi che non fossero stati prodotti in prima istanza. Ma questa massima applicasi soltanto al caso di un'appello ammissibile, per essere stato prodotto in tempo utile. Sarebbe lo stesso che stranamente abusarne, e darle una estensione interamente assurda, volerla invocare, come si farebbe nella specie in esame, per distruggere la forza di cosa giudicata irrevocabilmente annessa ad una sentenza per essere decorsi i termini. L'appello per quanto bisogna è assolutamente inutile; è una vera illusione della parte la quale, non potendo appellare dalla sentenza contumaciale, ma soltanto dalla sentenza pronunziata sulla opposizione, crede poter lusingarsi di riunire a questo appello quello prodotto avverso alla prima sentenza, che ancora una volta è divenuta inoppugnabile, poichè non è stato, colla opposizione, colpita da alcun motivo che tendesse a farla ritrattare nel suo contenuto.

» Ma si può forse opporre che anche quando si facesse valere, sulla opposizione, il solo motivo d'incompetenza, è sempre decorso il termine per appellare dalla sentenza contumaciale, pronunziata nel merito, perciocchè questo motivo d'incompetenza, se fosse stato ammesso, avrebbe portato con se necessariamente l'annullamento della sentenza in merito, il che, sotto un tal rapporto, rendeva inutile occuparsene. Noi però rispondiamo ch'essendo stata la opposizione motivata sul solo motivo d'incompetenza, si è tacitamente prestata acquiescenza al dispositivo della sentenza motivato sopra considerazioni desunte dal merito; che non si è dimandata la ritrattazione che per difetto d'incompetenza; e procedere poi in appello perchè siasi malamente deciso il merito, è lo stesso che cangiare lo stato della causa tale che si era presentata in prima istanza sulla opposizione, e litigare contro un'acquiescenza tacita, la quale, collo spirare i termini di appello, darebbe per la seconda volta l'autorità della cosa giudicata alla sentenza pronunziata in contumacia. »

Parci che nella trascritta dissertazione siavi incorso un poco di confusione. Primamente si suppone che abbia avuto luogo l'appello avverso le due sentenze, e che la decisione definitiva ha confermata la sentenza che ha rigettata la opposizione; si dimanda se possa prodursi un secondo appello avverso la sentenza contumaciale. E nulladimeno, nella risposta a questa quistione, sembra che Carrè si occupi soltanto delle condizioni della opposizione e non già di quelle dell'appello.

Si viene in seguito a dimandare se sia possibile l'appello dalla sentenza contumaciale; ma questa volta supponendo di non aver avuto luogo l'appello dalla sentenza che rigetta la opposizione, si pronunzia la negativa.

Dalla soluzione data alla precedente quistione, cioè che la sentenza contumaciale non costituisce che un tutto insieme con quella che rigetta la opposizione, e dalla soluzione che trovasi nel n. 1570, che l'appello da una sentenza contumaciale non può prodursi durante il giudizio di opposizione, ne siegue evidentemente, da una parte, che il termine contro la sentenza contumaciale non può decorrere, fintantochè non sia stata pronunziata e notificata la sentenza che rigetta la opposizione; che per conseguenza non può esservi alcun decadimento rispetto al primo, se non ve n'è relativamente al secondo; e dall'altra, che l'appello diretto contro il secondo colpisce implicitamente il primo.

Noi dunque conchiudiamo che, sull'appello, si possono far valere, unitamente al mezzo d'incompetenza sul quale soltanto era poggiata la opposizione, tutt'i motivi del merito che non furono opposti in prima istanza. Imperocchè il convenuto è autorizzato a proporre in grado di appello, tutt'i motivi di difesa da lui precedentemente trascurati. (Art. 464 + 528). E non si può dire che quelli del merito sieno stati definitivamente decisi dalla sentenza contumaciale, poichè questa rimaneva soggetta all'appello.

Ma bisogna ancora conchiudere, che se sull'appello come in prima istanza la parte si è limitata a sostenere la incompetenza, ed ha lasciato pronunziare la decisione confermativa senza parlare del merito, non potrà più con un secondo appello riporre il merito in quistione, non potendo sostenersi il proprio appello per una parte, e riserbarne un altra; poichè la decisione che pronunzia sulle discussioni contraddittorie, giudica tutta la causa e la termina; tanto peggio per l'appellante se ha trascurato de' motivi di difesa che avrebbero potuto produrre un diverso risultamento. Del pari non potrebbesi in prima istanza elevare un mezzo di opposizione, e dopo di aver soccumbuto, proporne un altro. (*Vedi la quist.* 674, *tom.* 2, *pag.* 127).

Finalmente l' appellante non può dire che la decisione la quale ha esaminato soltanto il motivo d' incompetenza non abbia confermata la sentenza che rigetta la opposizione, ed abbia lasciato sussistere il dritto di appellare contro la sentenza contumaciale; imperocchè le due sentenze non ne costituiscono che una sola; quella che rigetta la opposizione ha virtualmente pronunziato su tutta la causa; epperò vale necessariamente lo stesso per la decisione che la conferma.

Per la qual cosa noi risolviamo affermativamente la proposta quistione.

La unione de' due appelli non solamente è autorizzata, ma indispensabile, talchè non può pronunziarsi sull' uno, e riserbarsi di decidere sull' altro.]

ART. 456 ✝ 520.

[1645 ter. *Qual è la forma con cui deve prodursi l' appello dalla parte condannata, in forza di sentenza pronunziata sulla semplice istanza e senza contradittore?*

Sebbene, a norma dei principî esposti nella *Quist.* 378, simile sentenza, essendo un'atto di giurisdizione volontaria, non fosse, per la sua indole, suscettibile d' appello, nulladimeno vi sono talune eccezioni formalmente indicate dalla legge, come puossi con precisione vedere nelle *Quist.* 1492 bis, art. 417, e 1581 *octies*, art. 443, ed appunto sotto il rapporto di siffatte eccezioni abbiam proposto la presente quistione.

Supponghiamo dunque che un creditore abbia presentato istanza al tribunale di commercio, per far dichiarare il suo debitore in fallimento, che il tribunale abbia rigettato siffatta dimanda, e che il creditore trovandosi leso nei suoi diritti, voglia appellarne. In qual modo si dovrà formare quest' appello?

La difficoltà sorge dal motivo che la parte non avendo contradittore, non può adoperarsi la forma dell' atto alla persona o al domicilio.

Bisogna dunque ritenere che l'appello dovrà essere con semplice dimanda presentata al giudice superiore.

L' art. 858 ✝ 936 del Codice di procedura civile lo prescrive formalmente per rispetto ad una sentenza la quale rifiuta la rettificazione di un' atto dello stato civile, allorchè non vi fosse altra parte in giudizio che l' attore il quale dimanda la rettificazione.

È questa un' analogia che la Corte di Bruxelles ha avuto ragione di applicare alla nostra specie, con decisione del 28 novembre 1823. (*Giorn. di questa Corte*, *tom.* 1, *del* 1824, *pag.* 315.)

Per rispetto al termine nel quale deve interporsi un tale appello, *ved.* la nostra Quist. 1569 bis.]

[1646 bis. *La nullità dell' atto di appello può essere opposta in ogni stato di causa?*

Talandier ragionevolmente dice, p 160, che l' art. 173 ✝ 267 è applicabile in grado di appello come in prima istanza, donde siegue che ogni nullità dell'atto di appello è sanata, ove non sia dedotta prima di ogni difesa in merito e di ogni eccezione posteriore a quella dell' incompetenza; e le soluzioni che noi abbiamo date nelle diverse quistioni trattate sull'art. 173 potrebbero qui ritrovare il loro posto. Epperò basta rinviare colà i nostri lettori.

Quindi ci limitiamo ad osservare che, comunque una semplice dichiarazione di appello senza citazione fosse un'atto nullo e privo di effetto, se la parte appellata, rendendosi parte diligente, ha essa stessa chiamato l'appellante, ed ha conchiuso, colla sua citazione, per la conferma della sentenza in merito, non può in forza di tal procedimento essere ammessa a far valere la nullità dell' appello; in tal modo decise la Corte di Brusselles, nel giorno 8 febbraro 1827 (*Giornale di questa Corte*, *tom.* 1, *del* 1827, *pag.* 429), uniformemente ad un' arresto della Corte di cassazione da noi enunciato, sull'art. 173✝267, ove facemmo osservare, che se la citazione della parte appellata non avesse racchiuso le conclusioni in merito, niun

mezzo d' inamissibilità avrebbe prodotto contro il motivo di nullità.]

[1646 ter. *L' atto di appello notificato contro una donna maritata è forse nullo se non contenga una citazione al marito per l'autorizzazione? e siffatta omissione può essere utilmente riparata ?*

La moglie non potendo stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito, è certo che l'atto di appello il quale fosse a lei soltanto notificato sarebbe nullo come diretto ad una persona incapace, tranne se questa donna non avesse fatto degli atti, nel corso della lite, con una autorizzazione espressa di proseguire l'azione, la quale dovrebbesi intendere per tutte le diverse fasi a cui andasse soggetta siffatta azione, siccome fu ritenuto dalla Corte di Montpellier, il 1 marzo 1825 (*G. de' P.*, *t.* 28, *pag.* 111.) Un'autorizzazione tacita nascente dall'assistenza del marito in causa davanti il tribunale di prim' istanza non farebbe presumere l'autorizzazione per l' appello, e per conseguenza, non dispenserebbe dal richiederla novellamente ; è questa la decisione ragionevolmente pronunziata dalla stessa Corte di Montpellier, il 6 agosto 1822 (*G. pal.* , *tom.* 13 , *pag.* 285) e da quella di Limoges, il 6 aprile 1828 (*Giorn. di Limoges* 1828, *pag.* 146). Ma fu deciso da quella di Besançon, il 3 luglio 1808 (*G. pal.*, *tom.* 3, *pag.* 181) , che se il marito non figura in causa , la moglie che rendesi parte diligente sull'appello, dicendosi autorizzata, e che conchiude in merito, non è più ammessa a dedurre l'eccezione di non essersi l'atto di appello notificato al marito. Siffatta decisione non è regolarmente emessa; dappoichè la mancanza di autorizzazione è un vizio radicale il quale non può sanarsi come un semplice atto di procedura: perciò la decisione della Corte di Besançon è censurata da MERLIN, *Quist. di dritto* , alla parola *Appello*, §. X, art. 1, num. 10 , tom. 7, pag. 243.

Del rimanente l' appellante può riparare, con un' atto posteriore, l' omissione che avrebbe commessa su questo punto nel suo atto di appello ; essendo sufficiente di notificare l' appello al marito relativamente all' autorizzazione , prima che sia decorso il termine dell' appello; Agen, 5 gennaro 1832 (DEVILL. 1831 , 2. 237; *G. pal.*, *tom.* 16, *pag.* 186;) e Nimes, 16 gennaro 1832 (DEVILL. 1832 , 2. 61; *G. pal.*, *tom.* 42, *pag.* 50.)

Che se il termine per appellare fosse decorso, non potrebbesi più riparare l' omissione , poichè verrebbesi così in un certo modo a notificare l' appello dopo i termini ; Aix, 3 maggio 1827 (*G. de' pal. t.* 36, *pag.* 48). Intanto, la Corte di Parigi, con una decisione del 13 agosto 1823 (*G. pal.*, *tom:* 25 , *pag.* 307) sembra aver ritenuto di potersi riparare all' omissione con una citazione particolare al marito ; sebbene posteriore al termine dell'appello. Siffatta decisione non è d' altronde affatto ragionata, e noi non possiamo adottarla.

Laonde Merlin, *Quist. di Dritto*, alla parola *appello*, §. X, art. 3, n. 10, la censura, rammentando che la Corte di cassazione con diversi arresti , e precisamente con quello del 4 luglio 1819 (*G. pal. tom.* 5 , *pag.* 91) , decise che, dopo aver notificato ad una donna maritata la decisione di ammissione di un ricorso , senza notificarla benanche al marito nel termine utile, non puossi più riparare a siffatta omissione, allorchè sono decorsi i tre mesi accordati per tale notificazione]

[1646 quater. *Il cambiamento di stato sopraggiunto in persona della parte appellata dopo la sentenza , obbligherebbe l' appellante a notificare il suo atto d' appello , a seconda del suo stato novello ?*

Non si può validamente citare una persona la quale non ha affatto la libera amministrazione dei suoi beni; ma bisogna dirigersi al suo tutore, ove fosse un minore ; se è una donna maritata, al suo marito unitamente a lei. (*Ved. la Quistione precedente* , *e la Quist* 307 *bis.*)

Al contrario ove niuna incapacità colpisca la persona citata, bisogna dirigersi a lei soltanto, senza l' intermedia persona d' alcun rappresentante.

Ma se il cambiamento di stato ; il quale ha renduto capace la parte appellata la quale era incapace, o all'opposto , è sopraggiunto soltanto dopo la sentenza, l'appellante potrà forse ignorarlo, e supporre che il suo avversario proceda sempre nella medesima qualità che aveva davanti i primi giudici ?

Che no ; potrebbe essere autorizzato a fare tale supposizione per analogia delle cose da noi dette nella Quist. 355, laddove si trattasse d' una notificazione a farsi nel corso dello stesso giudizio; perciocchè la parte la quale avrebbe cambiato di stato, prima d' attendersi di ricevere delle notificazioni per una lite attual-

mente pendente, dovrebbe imputare a se stesse la colpa di non aver fatto conoscere la novella posizione delle cose. *Ved.*, in questo senso, una decisione della Corte di Douai del 10 dicembre 1812 (*G. de' pat. t.* 5, *pag.* 66.)

Del resto noi non abbiamo, nella nostra *Quist.* 307 bis, aderito a siffatta opinione, se non con una certa restrizione.

Ma allorchè la causa è terminata con una sentenza, la parte che l' ha ottenuta, non è obbligata di prevedere un' appello, nè, in questa preveggenza, di far conoscere il suo cambiamento di stato.

Spetta a colui il quale, producendo appello, introduce un nuovo giudizio, di assicurarsi della capacità dell' individuo col quale contende, come assicurar si deve del suo domicilio.

Se il minore è divenuto maggiore, l' atto di appello dovrà notificarsi a costui, e non già al suo tutore; se il maggiore fosse stato interdetto, bisogna notificarlo al suo tutore., e non a lui; se la donna si è maritata, devesi notificare l'appello a lei ed al marito. In tal modo ragionevolmente insegna Talandier p. 130. Noi adottiamo qui la sua opinione che non abbiamo affatto divisa per rispetto alla notificazione della sentenza. (*V. Quist.* 1560 *bis.*)

La Corte di Lione si è pronunziata per lo sistema opposto decidendo, nel 17 aprile 1822 (*G. de' pat.*, *t.* 24, *pag.* 105), che l' atto di appello è validamente notificato al tutore, sebbene il suo pupillo fosse addivenuto maggiore dopo la sentenza.

Ma nel 7 agosto 1815 (*G. de' pat. tom.* 5, *pag.* 66), la Corte di cassazione ha formalmente consacrata la nostra opinione in risguardo alla donna che avesse contratto matrimonio.

È vero che la giurisprudenza tende benanche ad ammettere che la nullità di un' atto di appello affetto da tale vizio rimarrebbe sanata se l'individuo inopportunamente citato costituisse patrocinatore, e sostenesse la lite, specialmente nel caso in cui il cambiamento di stato fosse ignorato pel fatto stesso di colui il quale l'aveva sperimentato; ma siffatta misura adottata dalla corte di Parigi, nel 15 novembre 1828 (*G. pat tom* 36, *pag.* 215), e dalla Corte di cassazione nel 17 agosto 1831 (*G. de' pat.*, *t.* 41, *p.* 615), non sembraci andare esente da ogni censura. Che la nullità non possa essere opposta dalla persona la quale inopportunamente citata, ha nullidameno risposto alla citazione, noi possiamo ammetterlo; ma che il giudizio e la citazione fossero riputati validi, anche rispetto alla persona che avesse dovuto essere citata e che non l'è stata, dalla persona la quale si poteva soltanto legitimamente rispondere all'attacco, e che non è stata messa nella posizione di farlo, tutto ciò sembraci impossibile.

Noi abbiamo diggià di passaggio combattuto, nella *Quist.* 307 *bis*, le decisioni delle Corti di Lione e di Parigi; e le soluzioni da noi date sono uniformi ai principi di dritto. Intanto convenghiamo che per mantenere siffatta regola in tutto il suo rigore agirebbesi qualche volta in opposizione alla equità; per la donna almeno, non può forse accadere che colui il quale sosteneva una contestazione contro di essa prima del suo matrimonio, ricevendo da costei una notificazione di sentenza nella quale continuasse a ritenere la qualità di nubile, ignora egli di buona fede il cambiamento di stato, il quale dipende da un fatto intieramente messo alla discrezione di chi l' opera, e che ha potuto effettuirsi in contrade lontane? Non sarebbe forse utile che il tribunale chiamato a conoscere sull' appellazione notificata alla donna soltanto, avesse il dritto di valutare siffatte circostanze onde dichiarare l' appellazione ammissibile?

Ma le stesse ragioni non militerebbero per rispetto al cambiamento di stato del minore divenuto maggiore, o del maggiore interdetto: 1. perchè son fatti i quali non dipendono dall'opera della parte che non può affatto nasconderli; 2. perchè sopraggiugnendo la maggiore-tà, per fatto della legge, ad una certa età, non può essere ignorata; e che l'interdizione è sempre preceduta e seguita da lunghe procedure destinate a renderne pubblico il risultamento; 3. perchè si ha sempre la risorsa di notificare l'appello simultaneamente tanto al tutore quanto al minore, precauzione saggissima; *Quod abundat, non vitiat.*

Per questi casi adunque, noi non ammetteremo eccezione alla regola, la quale esige che l' atto di appellazione fosse notificato uniformemente allo stato attuale della persona appellata.]

[1648. *L' atto di appello deve forse contenere l' indicazione della sentenza o delle sentenze da cui è appello? Bisogna indicarle colla loro data?*

È fuori dubbio che l'atto di appello deve con-

tenere l'indicazione della sentenza impugnata; diversamente sarebbe senz' oggetto. Siffatta soluzione sembraci una conseguenza necessaria di quella data alla quistione precedente. Di fatto, se l'appellante non facesse conoscere al suo avversario nè i suoi motivi d' appello, nè la sentenza impugnata, costui ignorerebbe completamente l' oggetto della contestazione, e sarebbe nell' impossibilità di preparare la sua difesa. Adunque soltanto indicando la sentenza impugnata con appello puossi essere dispensato di particolarizzare i motivi di appello, perciocchè siffatta indicazione avverte sufficientemente che il giudizio terminato in prim' istanza va a ricominciarsi davanti la Corte. — Perciò Pigean, Com. t. 1, p. 30, e TALANDIER, p. 185, n. 195, non esitano ad insegnare *esser necessario d'indicare la sentenza in modo che non si possa mettere in dubbio quella da cui si produce appello.*

È vero che quando è stata pronunziata una sola sentenza fra le parti non è difficile indicarla. Niuna formola sacramentale è dunque richiesta, niuna legge, per esempio, vuole sotto pena di nullità, che la sentenza fosse indicata colla sua data, e la data falsa che vi si apporrebbe non vizierebbe affatto l' atto di appello, se d' altronde diverse circostanze rendono impossibile, per parte dell'intimato, ogni incertezza sull' identità della sentenza impugnata. Al contrario, la data non sarebbe sufficiente per render valido l' atto di appello, laddove le due sentenze essendo state pronunziate nello stesso giorno, non si facesse conoscere, in un modo preciso, a quale delle due si riferisce l' appello.

Le decisioni le quali dichiarono che la mancanza della data o l'errore di essa non sono di alcuna importanza, allorchè la sentenza d'altronde è ben indicata, sono innumerabili: Rennes, 17 marzo 1809; 3 giugno 1813; 11 marzo 1814; 23 agosto 1814; Agen, 9 lug. 1810; Metz 5 gennaro 1813; Limoges, 19 agosto 1818 (*G. Pat. t.* 3, *p.* 218); Grenoble, 13 frim. anno XI e 16 dicembre 1813 (*G. Pat.*, *t.* 13, *p.* 61); Parigi, 24 agosto 1813 (*G. Pat. t.* 3, *p.* 404); Besançon, 22 gennaro 1820 (G. Pat t. 13, p. 273); Metz, 17 agosto 1821, e 22 luglio 1823 (*G. Pat. t.* 25, *p.* 273;) Amiens, 9 novembre 1821 (*G. de' P.*, *t.* 23, *p.* 323), Colmar, 31 gennaro 1826; (*G. Pat. t.* 31, *p.* 189); Bordeaux, 2 giugno 1827 (*G. de' P. t.* 33 *p.* 131); Bourges, 3 gennaro 1817 (*G. Pat. t.* 33, *p.* 131); Bourges, 3 gennaro 1817 (*G. di questa Corte, anno* 7. *p.* 75); Colmar 31 gennaro 1826 (*G. di questa Corte* 1825 *p.* 353); Brusselles 7 luglio 1830) *Giorn. di questa Corte t.* 10, *p.* 81); Bourges, 26 gennaro 1831 (*Giorn. t.* 6, *p.* 399), 20 giugno 1833 (*G. di Pal.*, *t.* 46, *p.* 362); 23 marzo 1836 (*G. di questa Corte*, *t.* 6, *p.* 199), 20 giugno 1811 (*G. pal. tom.* 46, *pag.* 362); 23 marzo 1836 (*G. Pal. tom.* 50, *p.* 371); Poitiers, 28 dicembre 1837 (*G. P.*, *t.* 54, *p.* 201); Rouen, 11 giugno 1838 (*G. pal.*, *tom.* 55, *pag.* 477;) Carrè nella sua nota *giurisprudenza*, citava, approvandole, molte di queste decisioni.

Tre decisioni hanno consacrato una opinione contraria; esse sono quelle delle Corti di Besançon, 25 gennaro 1810 (*G. pal.*, *tom.* 13, *pag* 61, 2. *serie*,) Rennes, 12 febbraro 1813; (*G. pal.*, *tom.* 3, *pag.* 218 4. *esp.*) Brusselles, 24 dicembre 1829 (*G. pal. t.* 41, *p.* 358).

Ma la prima fu sanzionata, in una specie analoga, dalla Corte di cassazione, la quale decise, nel 3 aprile 1823 (*G. pal*, *tom.* 25, *pag.* 119) che l'opposizione prodotta avverso di una sentenza o decisione non è nulla, per la sola circostanza di esservi errore nella menzione della data della sentenza o della decisione, specialmente quando l' opposizione enuncia la data della notificazione.

Ed è benanche vero che quando l'atto di appello lascia qualche incertezza per rispetto all'epoca della sentenza impugnata, è nullo; quattro decisioni hanno applicato questo principio: Metz, 5 giugno 1811, (*G. pal.*, *tom.* 25, *pag.* 272); Brusselles, 4 marzo 1830 (*G pal. tom.* 41, *pag.* 474); Bordeaux, 11 marzo 1831 (*G. pal.*, *tom.* 41, *pag.* 666); Rennes, 23 gennaro 1817 (*G. pal. tom.* 3, *pag.* 441). E se la parte ha prodotto appello avverso di una sentenza che non esisteva, il suo appello debb'essere dichiarato inamissibile e le spese debbono andare a suo danno; Brusselles, 13 luglio 1836 (*G. di questa Corte*; *tom.* 2. *del* 1836, *pag.* 467.)

Illegalmente, secondo noi, la Corte di Parigi decise nell' 11 marzo 1813 (*G. pal.*, *tom.* 1, *pag.* 177), che quando s'interpone appello contro tale sentenza, congiuntamente a quelle in essa enunciate, siffatta dichiarazione non racchiude un'appellazione dalle sentenze *enunciate*. Carrè, citando questa decisione, diceva

« Noi non adottiamo questa decisione contraria alla massima, *idem est esse certum per se vel per relationem ad aliquid certum*. Pertanto la decisione di Parigi trovasi ben pronunziata, in quanto che ha rigettato l' appello per quest' altra ragione, che l'atto il quale lo dichiarava non conteneva alcuna citazione. »

Ma dalla sola circostanza che una seconda sentenza fosse stata la conseguenza di una prima, e fosse stata nello stesso tempo notificata, non ne seguirebbe che l' appello da questa dovesse riputarsi compreso nell'appello dall' altra, la quale non fosse stata menzionata; Rouen, 17 maggio 1823 (*G. di Rouen e Caen*, *tom*. 4, *pag*. 228.).

E reciprocamente, allorchè con un solo atto si appella da molte sentenze, la Corte non è tenuta di giudicare sopra tutte, se l'appellante ha definitivamente conchiuso soltanto per la riforma di una sola di esse: Rennes, 30 luglio 1817 (*G. de' Pal.*, *tom*. 3, *pag*. 447).

Per effetto dei principî da noi esposti, importerebbe poco del pari che la sentenza impugnata fosse indicata come pronunziata da un tribunale di commercio, allorchè fosse stata pronunziata da un tribunale civile, purchè però altre circostanze togliessero ogni incertezza; Rennes, 3 gennaro 1811 (*G. de' Pal. t.* 3, *p.* 223).]

[1651 bis. *Se la parte appellata non ha nè domicilio nè residenza conosciuta in Francia, in qual luogo dovrà affiggersi l'atto di appello? Se è domiciliato fuori del continente o in paese straniero, a quale impiegato dell' ufficio dovrà consegnarsi quest'atto? In altri termini, in qual modo si applicherà, per l'atto di appello, l' art.* 69, §§ 8 *e* 9 + 164 *P.*

L' art. 69, §. 8, indica l'udienza del tribunale ove la dimanda si è avvanzata; sarà questa dunque, nella specie, l'udienza della Corte reale. Tal' è l'opinione adottata da Pigeau, *Com.*; t. 2, p. 32, sebbene egli faccia osservare che sarebbe più convenevole di scegliere l'udienza del tribunale di prim' istanza il quale ha pronunziato la sentenza, a causa delle maggiori relazioni che la parte appellata reputasi di avere nel luogo dove risiede siffatto tribunale. Ma indipendentemente dal motivo che la legge è precisa, la considerazione di Pigeau non sembraci esatta, perciocchè, nel caso presente, il tribunale non è stato specificato nè dal domicilio, nè dalla residenza del convenuto, e che è spesso quello del domicilio dell' attore. (*V. la quist.* 371*bis*.) Del resto l'imbarazzo da noi manifestato intorno a siffatta quistione, onde indicare il tribunale competente, non esisterà giammai in causa di appello, avvegnacchè non avvi Corte competente per conoscere di un'appello, se non quella che ha giurisdizione sul tribunale che ha pronunziata la sentenza impugnata, ancorchè questo tribunale fosse stato incompetentemente adito in prim'istanza. (*V. la nota sulla quistione* 371 *bis*.).

Che se la parte appellata è domiciliata fuori del continente, o nell'estero, e l'appello fosse portato davanti una Corte reale, bisogna consegnare l'atto di appello al Procurator generale presso siffatta Corte, e non già al procuratore presso il tribunale il quale ha pronunziato la sentenza. Questa giusta applicazione del §. 9 dell' art. 69 è stata adottata dalle Corti di Treves, 30 gennaro 1811; Colmar, 25 novembre 1815; Douai, 31 dicembre 1819 (*G. de' Pal.*; *tom*. 13, *pag*. 299).

Del pari, nella Corte di cassazione, le intimazioni degli arresti di ammissibilità sono fatti all' officio del procurator generale.

L' uso richiedè, e con ragione, di rilasciarsi tre copie dell' atto di appello da notificarsi, onde, inviato per tre differenti strade, pervenga con maggiore sicurezza.]

ART. 457 + 521.

[1652 bis. *È sospensivo soltanto l' appello o benanche il termine per appellare?*

Non basta che una sentenza sia suscettibile di appello perchè ne sia sospesa la esecuzione durante i termini accordati per produrre siffatto appello. L'art. 457+521 esprimesi chiarissimamente: l'appello, sta scritto, sarà sospensivo. Bisogna dunque che siavi appello, ed appello interposto, per produrre una sospensione. Finchè la sentenza dei primi giudici non è impugnata, essa ha tutta la forza di una sentenza inappellabile; gli è vero che le parti, durante un certo tempo, hanno la facoltà di riprodurre le quistioni decise; ma ove non le riproducano, la sentenza è riputata ben pronunziata, *pro veritate habetur*, e, per una necessaria conseguenza, può procedersi per la esecuzione. In due parole, l'appello è sospensivo, ma il termine per appellare non l'è affatto. Così insegnano, senza alcuna difficoltà, Pigeau, com. tom. 9, pag. 35

e Boitard, tom. 1, pag. 551, e tom. 3, pag. 69. Siffatto principio risulta benanche da una decisione della Corte di Agen, del 19 luglio 1808 (*G. de' Pat., t.* 20, *pag.* 86). Ma venne ingiustamente sconosciuto dalla Corte di Montpellier, il 21 luglio 1824 (*G. de' Pat., t.* 27, *pag.* 239). *Ved. la Quist.* 588 *bis.*

Convenghiamo colla Corte di Tolosa, 29 agosto 1834 (*G. de' P., tom.* 49, *pag.* 716), ch'è ben diverso in materia di semplice polizia, avendo l' art. 203 del Codice d' istruzione criminale introdotta a tal riguardo una regola del tutto opposta.]

[1652 ter. *La sospensione prodotta dall'appello estendesi forse all'esecuzione delle sentenze le quali sono la conseguenza della sentenza impugnata ?*

Che sì, senza dubbio; dappoichè siffatte sentenze accessorie formando da se medesime una specie d'esecuzione della prima, eseguendole, sarebbe lo stesso che eseguire quest' ultima, contravvenendo per conseguenza al principio contenuto nell' art. 457. È questa la opinione di THOMINES DESMAZURES, tom. 1. pag. 698.

Da tutto questo bisogna conchiudere che l'appello da una sentenza la quale ha rigettato un' eccezione d' incompetenza sospende l'esecuzione della sentenza pronunziata posteriormente in merito.]

[1654 quater. *Se l'esecuzione provvisionale è stata ordinata in forza di una condanna precedente contro di cui non vi sia appello, ma questo fusse stato posteriormente interposto, tale appello sospende forse entrambe le sentenze ?*

Il dubbio origina dal motivo che l' art. 457 non dà all' appello effetto sospensivo che nel caso in cui non sia stata ordinata l' esecuzione provvisionale. Or, nella proposta specie, essa sarebbe stata ordinata.

Ma come l'era stato soltanto in considerazione di non esservi appellazione per la condanna precedente (*art.* 135 + 226 §. 1.), sembraci che, soppraggiunta in tempo siffatt'appellazione, le cose cambiano, e che devesi da questo momento arrestare l' esecuzione della seconda sentenza, la quale non è se non la conseguenza della prima, perciocchè questa non può per se stessa eseguirsi sotto pena di contravvenire all' art. 457.

Siffatta soluzione la quale parci risultare da quella adottata nel numero precedente, è abbracciata da THOMINES DESMAZURES, tom. 1, pag. 699.]

[1652 quinquies. *Avvi forse delle sentenze eseguibili di pieno dritto provvisionalmente ? per esempio, le sentenze su dimande provvisionali ?*

Vedi per la soluzione di siffatta quistione, gli sviluppamenti dati nel num. 585.]

[1652 sexies *L'appello è egualmente sospensivo in materia d' interdizione, di separazione personale, di espropriazione forzata ec.?*

In materia d'interdizione, l'affermativa viene adottata soltanto dagli autori del *Pratico Francese*, tom. 5, p. 174. Tutti gli altri riconoscono il principio che una sentenza d' interdizione deve eseguirsi non ostante appello. (*V. l' art.* 502 *del Codice civile*). La sola eccezione a siffatto principio trovasi nell' art. 505 + 428 dello stesso codice.

Intanto la Corte di Tolosa decise, nel 29 gennaro 1821 (*G. de' pat., tom.* 23, *pag.* 28), che l'appello prodotto avverso una sentenza relativa alla nomina di un consulente giudiziario era sospensiva; ma nel caso deciso da questa Corte, trattavasi di atti rispettosi; e come la legge non mette questa specie di atti nella categoria di quelli che richieggono l'assistenza di un consulente, la quistione era senz'interesse.

Ma in materia di separazione personale, non avvi ragione di dubitare che l'appello non fosse sospensivo. (*Ved. la Quist.* 2987.)

Perciò che riflette le sentenze pronunziate in un giudizio di espropriazione, ved. la Quist. 2449.]

[1655 bis. *Gli atti fatti contro la disposizione dell' art.* 457, *anche quando la sentenza è confermata, ovvero l'appello è tardivo o irregolare, sono nulli? Chi può pronunziare la nullità di questi atti ?*

Due decisioni della Corte di Torino degli 8 agosto e 14 settembre 1810 (*G. de' pat., tom.* 12 *pag.* 624), hanno di fatto dichiarato nulla un' espropriazione fatta in esecuzione di una sentenza appellata.

È chiaro che l'effetto sospensivo dato all'appello dall' art. 457 sarebbe senza forza, ove gli atti di esecuzione, fatti malgrado l' appello interposto, non fossero radicalmente nulli. Poco importa che il tribunale superiore annulli o confermi più tardi la sentenza impugnata; poichè precisamente in quest' ultimo caso, cioè allorchè è confermata la sentenza, la nullità

risulta dall' effetto sospensivo : nel caso di rivocazio ne della sentenza, la nullità è pronunziata dalla decisione dei giudici d' appello.

Che se la nullità è dimandata prima della discussione del giudizio di appello, debb'essere del pari pronunziata indipendentemente dal merito di detto appello, non solo porchè non è permesso in tal modo pregiudicarla, ma specialmente perchè, gli atti di esecuzione costituendo un' offesa verso l'autorità chiamata a decidere in forza dell' appello, importa che sia repressa. Tal' è la opinione di Favard de Langlade, t. 1, p. 180; Pigeau, Com. t. 1, p. 34; Thomines Desmazures, tom. 1, p.697, Boitard, t. 3, p. 108, e di Talandier n. 343. A norma di una decisione della corte di Parigi, del 23 febbraro 1825 (*G. de' P.*, *t.* 31, *p.* 278), le spese di questi atti nulli debbono cedere a carico di colui che ingiustamente le ha cagionate.

Ma se l'appello prodotto dalla parte condannata è per se stesso affetto da un' irregolarità che lo rende nullo, se è tardivo, ovvero, per qualsiasi titolo, inammissibile, si può pretendere forse che sia sospensivo e che porti seco la nullità degli atti che sarebbonsi fatti ad onta della sua produzione?

Per l'affermativa, dirassi che spetta al tribunale superiore di dichiarare nullo un' atto di appello, comunque irregolare si fosse; che fino alla pronunziazione di siffatta nullità, esiste con tutt'i suoi effetti, e segnatamente col suo effetto sospensivo; in se gli atti di esecuzione sono colpiti dalla loro origine dalla nullità che risulta dall' art. 457, il rigetto dell' appello non può in prosieguo esentarneli: *quod ab initio vitiosum est ec.* Siffatto sistema è stato consacrato dalle Corti di Agen, 27 nevoso anno XIII (*G. de' P.*, *t.* 12, *p.* 543); Rennes, 20 febbraro 1828 (*G. de' P.*, *t.* 34, *p.* 197); Limoges, 20 luglio 1832 (DEVILL. 1832, *t.* 2, 594, *G. de' P.*, *t.* 45, *p.* 547); Brusselles, 11 maggio 1835 (*Giorn. di questa corte*, *t.* 1, 1835, *p.* 330.)

Per principio generale l'appello è fuori dubbio sospensivo; ma perchè produca tal'effetto, non è forse necessario che sia regolarmente interposto? Onde paralizzare l' effetto di una sentenza, è sufficiente forse un' atto informe, una manifestazione qualunque di volontà? Non bisogna piuttosto, siccome fu deciso dalla corte di Montpellier, nel 28 febbraro 1811 (*G. de' P.*, *t.* 3, *p.* 305) che l' atto di appello fosse rivestito delle formalità richieste dalla legge? Che se le formalità non sono state osservate, non avvi appello per l'applicazione di questa massima; *Quod nullum est nullum producit effectum.*

Ma, dicesi, qual sarà il giudice di siffatta nullità? La legge risponde che sarà il giudice chiamato a conoscere dell' appello, e noi ne convenghiamo, con Pigeau, Com. t. 2, p. 34; Favard de Langlade, t. 1, p. 179 e Talandier n. 34; e con le Corti di Torino, 14 settembre 1810 (*G. de'pal. tom.* 12, *pag.* 634); Brusselles, 5 marzo 1829 (*G. de'pal. tom.* 37, *pag.* 517.) Pertanto non devesi da ciò dedurre la conseguenza che siffatta nullità non possa essere valutata dalla parte la quale ha ottenuta la sentenza; poichè bisogna ben distinguere la competenza del tribunale il quale può soltanto annullare un' atto qualunque, dalla libertà che ha ciascuna parte di prevederne le conseguenze.

Sono decorsi ventinove anni e nove mesi per l' incominciamento di una prescrizione; alla fine del dodicesimo mese mi si spedisce una citazione irregolare; ma come io ne conosco la nullità, agisco da proprietario, ed abbatto la casa la quale formava l'oggetto della lite. Bisognerà certamente far decidere la nullità della citazione dai tribunali competenti; ma io sarò stato giudice a mio rischio e periglio di questo atto di procedura.

L'appello è sospensivo, ma quando però sia apparentemente un vero appello; è sospensivo, comunque mal fondato in merito; ma un'appello nullo è necessariamente meno efficace di un'appello mal fondato, poichè non è un' appello. Qual cosa ne risulterebbe dall' opposto sistema? Ogni qual volta che, trattandosi d' una esecuzione, la parte sequestrata manifestasse la intenzione d' interporre appello, anche dopo il decorrimento del termine, dovrebbe sospendersi il procedimento. La Corte può ammettere forse una distinzione arbitraria fra il caso in cui l' atto avrà le apparenze di un'appello, e quello in cui vi sarà soltanto un' atto informe fregiato del solo titolo d' appello? Ma se in un caso lascia l'attore giudice della nullità, o piuttosto dell' inesistenza dell' appello, a quale testo della legge può appoggiarsi per spogliarlo dei suoi dritti, allorchè la nullità, comunque esistente, è meno potente? Perciò la nostra opinione è stata consacrata

dalla Corte di Torino, alli 8 agosto e 14 settembre 1810 (*G. de' pal.*, *t.* 12, *pag.* 654), e da Boitard, tom. 3, pag. 110.

Davanti la Corte di Rennes, argomentavasi da un' arresto della Corte di cassazione del 7 gennaro 1816 (*G. dei pal.*, *t.* 20, *pag.* 508) il quale decise che un tribunale non può pronunziare aggiudicazione definitiva, malgrado l'appello prodotto avverso la sentenza preparatoria, sebbene siffatto appello fosse stato tardivamente prodotto. Tale arresto non è in alcun modo applicabile, perciocchè, nella specie, un tribunale aveva deciso una causa introdotta davanti ad una Corte: eravi violazione delle regole di competenza. Ecco perchè noi non riteghiamo come contrarie alla nostra opinione diverse decisioni pronunziate nel medesimo senso ed in somiglianti casi, specialmente dalle Corti di Parigi, 27 marzo 1830 (*G. de' pal.*, *tom.* 38, *pag.* 249); Dijon, 25 agosto 1827 (*G. di pal. tom.* 43, *pag.* 273); Tolosa, 3 feb. 1832 (DEVILL. 1832, 2, 601, *G. de' pal. tom.* 43 *pag.* 293); e dalla Corte di cassazione, 10 novembre 1834 (*G. di pal.*, *tom.* 50, *pag.* 47).

Questo punto sarà più particolarmente esaminato nel titolo del pignoramento degl' immobili, citando nello stesso tempo diverse decisioni (*Quist.* 2449.)]

[1655 ter. *L' appello sospende forse anche la esecuzione delle sentenze interlocutorie?*

Che sì, siccome avvisa Thomines Desmazures, t. 1, p. 700; ed affinchè non produca tal'effetto, bisogna che sia stata ordinata la esecuzione provvisionale; il che può aver luogo, secondo una decisione della Corte di Brusselles del 14 luglio 1825 (*Giornale di questa Corte*, *tom.* 2 *del* 1825, *pag.* 154), per le sentenze tanto interlocutorie che definitive.

Intanto se l'operazione ordinata dall' interlocutoria fosse stata incominciata prima dell'appello, Thomines Desmazures, tom. 1, pag. 700, opina, e la corte di cassazione decise nel 25 agosto 1835 (DEVILL. 1836, 1. 58; *G. dei pal. tom.* 50, *pag.* 138), che può continuarsi, e che ciò non ostante avvi violazione della regola, la quale esige che l' appello fosse sospensivo, sopratutto allorchè gli appellanti non si sono opposti alla continuazione.

Quest' ultima condizione può soltanto spiegare la decisione della Corte suprema, la quale, in opposto, sarebbe contraria ai più semplici principj. Noi abbiamo diggià deciso nella *Quist.* 991, che il giudizio incominciato in forza di una sentenza, debb' essere interrotto subito che siffatta sentenza è impugnata mediante appello.

È questa l'opinione benanche espressa, come un principio, in un consulto inedito di Carrè del mese di dicembre 1828.]

[1655 quater. *Qual' è l' effetto dell'appello devolutivo, ed in qual cosa consiste?*

L' appello è devolutivo, val dire, ch'esso investe nell' istante medesimo il tribunale d' appello del diritto di conoscere di tutto ciò che forma l'oggetto della contestazione, e degli oggetti che vi sono annessi, spogliandone col fatto il primo giudice; in modo che questi non può più passare oltre alla sentenza in merito, laddove trattasi dell' appello di un' interlocutoria, nè conoscere delle difficoltà dell' esecuzione, nè ordinare la continuazione delle procedure, sotto il pretesto che l' appello interposto sarebbe inamissibile per effetto dell' acquiescenza prestata alla sentenza. Il giudice superiore è soltanto competente per decidere tutti siffatti punti, come fu deciso dalla Corte di cassazione di Francia, nel 7 gennaro 1818 (*G. dei pal. t.* 20, *pag.* 508), e da quella di Brusselles, nel 21 gennaro 1824 (*Annali di Laporte*, *tom.* 1, *del* 1824, *pag.* 300), ed in tal modo l' insegnano Thomines Desmazures, tom. 1, pag. 700, e TALLANDIER, n. 336.

Ma l'esecuzione provvisionale accordata dai primi giudici, distruggendo in tutto l' effetto sospensivo dell' appello, modifica benanche, sotto taluni rapporti, il suo effetto devolutivo, siccome vedremo nella seguente quistione.

D' altronde i primi giudici, dopo essere stati spogliati di giurisdizione in forza dell' appellazione, possono esserne novellamente rivestiti, come vedrassi disaminando gli art. 472 e 473 † 536 e 537.]

[1655 quinquies. *Allorchè fu ordinata l' esecuzione provvisionale, a chi appartiene la facoltà di decidere le quistioni a cui può dar luogo?*

Thomines Desmazures, tom. 1, pag. 700, propone siffatta quistione, e decide che spetta al tribunale il quale ha pronunziata la sentenza, e non al giudice di appello, di decidere tali quistioni. Di fatti la esecuzione ha luogo in forza dell' autorità del tribunale il quale ha pronunziato la sentenza: deve dunque lo stesso sorvegliarvi e dirigerne l'andamento. E siccome gli atti di esecuzione fatti, malgrado l'ap-

pello sospensivo, debbono essere deferiti al tribunale che deve pronunziare su quest'appello, perciocchè l'intera causa gli è nello stesso tempo devoluta; così, allorchè l'appello non è sospensivo, val dire allorchè è stata pronunziata l'esecuzione provvisionale, le quistioni cui essa può dar luogo debbono decidersi dal tribunale che l' ha ordinata, e l' appello non gli toglie affatto questo diritto.

In forza di questo stesso principio la Corte di Brusselles decise, nel 22 dicembre 1825 (*G. di questo Corte, tom. 1 del 1826, pag. 81*), che l' appello prodotto avverso di una sentenza interlocutoria o definitiva per un incidente, non spoglia il tribunale della causa, perciò che risguarda il merito di essa, allorchè è dichiarata eseguibile provvisionalmente; che conseguentemente il giudice, ad onta dell'appello, può passare oltre alla sentenza in merito (*Ved. le due quistioni precedenti.*)]

ART. 458 † 522

[1656 bis. *Se la esecuzione provvisionale è stata ordinata mediante cauzione nei casi in cui non dovea esigersi siffatta cauzione, si può forse reclamare davanti la Corte onde far dichiarare nulla siffatta condizione?*

Che sì, senza dubbio; è questa una conseguenza necessaria stabilita dal principio dell' art. 458.

Se i giudici d' appello possono supplire integralmente la clausola d'esecuzione provvisionale, a maggior ragione hanno il dritto d' aumentarne l' estensione, allorchè trovasi inserita nella sentenza impugnata. La Corte di Parigi ha così giudicato, nel 5 dic. 1807 (*G. di pal., tom. 12, pag. 616; alla sua data*).]

ART. 459 † 523.

[1658 bis. *Le inibitorie o le sospensioni possono essere accordate su di un' atto di appellazione irregolare?*

Che no; poichè la prima condizione per essere ammesso a dimandare una inibitoria, è quella di dichiararsi appellante. Colui il quale non presentasse un'atto di appello non sarebbe ascoltato nella sua dimanda di sospensione; siccome insegna *Merlin, Repert.* alla parola *Decisione*, n. 9. Vale lo stesso per colui il quale presenta un' appello irregolare o nullo. Fino a che il giudice superiore non è regolarmente investito del dritto di giudicare, non può decidere alcuna cosa nè in linea provvisionale, nè per lo merito della causa. La nullità dell' atto d' appello può dunque essere opposta, come mezzo d' inamissibilità, alla domanda incidente che il voluto opponente formerebbe in forza dell' art. 459 † 523. Siffatta dottrina, la quale risulta sufficientemente dalle stesse parole dell' articolo, è confermata da una decisione della corte di Parigi del 27 marzo 1813 (*G. de' P., t. 3, p. 39.*)]

[1660 bis. *Le inibitorie all'esecuzione provvisionale possono essere dimandate ed accordate in forza di motivi dedotti dal merito della causa?*

Ove si permettesse dedurre un mezzo dal merito della causa per ottenere delle inibitorie, per esempio, per essersi malamente decisa la causa, una simile dimanda non dovrebbe essere ammessa, dappoichè in questo caso l'incidente non sarebbe diviso dal merito, e si dovrebbe pronunziare immediatamente e definitivamente sull'appello. Le inibitorie non debbono essere accordate, ai termini dell' art. 459, che quando *l' esecuzione provvisionale è stata ordinata fuori dei casi dalla legge previsti.* Ma dal perchè il merito della contestazione fosse stato ingiustamente deciso, non ne seguirebbe di essersi uscito dai casi previsti dalla legge, purchè siffatta decisione, buona o cattiva, fosse stata pronunziata sopra circostanze le quali permettono l' esecuzione provvisionale. Nel senso di siffatto ragionamento sono state pronunziate le decisioni delle corti di Brusselles, 31 luglio 1809 (*G. de' P., t. 12, p. 628*); Parigi, 9 ottobre 1812 (*G. de' P. t. 12, p. 610*), e Nimes 5 gennaro 1808 (*G. de' P. t. 12. p. 621.*)

Bisogna osservare che i mezzi di gravame risguardante il merito, comunque per se stessi inefficaci a fare ottenere delle inibitorie alla esecuzione provvisionale, ne sono nulladimeno la base indispensabile, in modo che, se non ve ne fosse alcuno contro la sentenza, non si potrebb' essere ammesso a dimandare alcuna inibitoria. Di fatto come permettere che la parte condannata cerchi di sottrarsi dall'esecuzione di una sentenza la quale sia giusta ed insuscettibile di gravame? Siffatta osservazione ha ricevuto la sua applicazione in una decisione della corte di Rennes del 2 maggio 1820 (*G. de' P., t. 14, p. 627.*)]

[1660 ter. *Essendosi cominciata la discussione del merito della causa, l'appellante perde forse il dritto di dimandare le inibitorie?*

Una decisione della corte di Brusselles del 24 settembre 1827 (*G. di questa Corte*, *t.* 1, *del* 1828, *p.* 101) dichiarò potersi avvanzare siffatta dimanda incidente in ogni stato di causa. È questo il nostro avviso; fondato sul motivo che la necessità di arrestare l'esecuzione può farsi più imminentemente sentire, a tale o tal' altro stadio del giudizio; perchè non avvi interesse di avvalersi di siffatto rimedio se non quando l'esecuzione ha cominciato ad avere il suo effetto, ovvero allorchè addiviene nociva; e finalmente perchè possono pronunziarsi delle interlocutorie le quali prolungando di molto la durata della pendenza di lite, fanno svanire la speranza, da principio concepita, di ottenere in poco tempo la riformazione della sentenza impugnata.]

ART. 460 + 524.

[1667 bis. *I tribunali di appello possono forse accordare inibitorie o sospensioni all'esecuzione delle sentenze dei tribunali di commercio, allorchè l'esecuzione provvisionale è stata accordata fuori dei casi previsti dalla legge?*

L'art. 617 del codice di commercio è più che sufficiente per prescrivere la soluzione negativa di siffatta quistione. Che se esso avesse voluto vietare soltanto la sospensione delle sentenze per le quali, accordandosi l'esecuzione provvisionale, i tribunali di commercio si sarebbero esattamente uniformati alla legge, la sua disposizione sarebbe stata inutile; poichè siffatta regola risulterebbe diggià, tanto per essi quanto pei tribunali civili, dalla combinazione degli art. 459 e 460 + 523 e 524 del codice di procedura civile. È dunque chiaro che l'art. 647 è assoluto, dovendo essere inteso senz'alcun caso di eccezione; e che la inibitoria non può mai essere accordata, per le sentenze dei tribunali di commercio, anche sotto il pretesto di una esecuzione provvisionale illegalmente ordinata.

La corte di Brusselles ha nulladimeno consacrata l'opinione contraria, con decisione del 3 marzo 1810 (*G. de' P.*, *t.* 12, *p.* 631). Ma la sua autorità è più che controbilanciata da quella delle corti di Parigi, 6 febbraro e 1 dicembre 1813 (*G. de' P.*, *t.* 12, *p.* 631); di Rennes, 10 luglio 1835 (DEVILL. 1836. 2. 480, *G. de' P. t.* 51, *p.* 480.)

La corte di Montpellier ha del pari deciso, ai 28 settembre 1824 (*G. de' Pal.*, *t.* 29, *p.* 229), che il tribunale chiamato a conoscere dell'appello non ha il dritto di obbligare la parte appellata di fornire, prima della esecuzione, la cauzione di cui il tribunale di commercio l'avrebbe illegalmente dispensato. Siffatta decisione è benanche giusta, dappoichè la teoria contraria adottata dalla corte di Aix, nel 17 dicem. 1838 (DEVILL., 1839. 2. 253), somministrerebbe un mezzo indiretto di dimandare e di ottener delle inibitorie o sospensioni non autorizzate dalla legge.

Del resto la nostra soluzione è adottata da tutti gli autori, e segnatamente da Favard di Langlade, t. 1, p. 180, num. 5; Dalloz, t. 1, p. 524 alla nota; Boitard, t. 3, p. 119; e da Thomines Desmazures, t. 1, p. 702.

Allorchè la parte la quale ha guadagnata la causa non è stata dispensata di dar cauzione, l'appello sospende l'esecuzione finchè non siasi prestata siffatta cauzione. È questa la ragione che giustifica una decisione della corte di Bordeaux del 28 agosto 1827 (*G. de' Pal. t.* 34, *p.* 339), che ordinò di sospendere la esecuzione di una sentenza arbitramentale in materia di commercio. Ma questa corte ingiustamente appoggiossi alla disposizione dell'art. 457, il quale non è giammai applicabile alle sentenze commerciali; ma il solo da invocarsi era l'art. 433 + 650 ll. di comm.

Soltanto le sentenze pronunziate in materia di competenza non possono, per massima, eseguirsi malgrado l'appello, come lo decise la corte di Aix nel 26 luglio 1824, e 7 dicembre 1826 (*G. de' P.*, *t.* 34, *p.* 292), secondo il voto formale dell'art. 647 del codice di commercio.]

[1668 bis. *Le inibitorie accordate dal giudice d'appello contro la disposizione dell'art. 460, possono dallo stesso essere rivocate?*

Che sì, dice Pigeau, com., t. 2, p. 38, sia che fosse fatta in contumacia della parte, sia in contraddizione, perciocchè siffatta sentenza non sarà che *provvisionale*, ed ogni giudice non essendo ligato dalle sue sentenze provvisionali, potrebbe ritrattarsi prima della sentenza in merito.

Dal perchè una sentenza è pronunziata su

di una dimanda provvisionale, non ne siegue, secondo noi, che sia la stessa una sentenza provvisionale. Ogni sentenza è preparatoria, interlocutoria o definitiva. Quella che pronunzia sopra una dimanda provvisionale, giudicandola, è definitiva; e, comunque fosse vero il dire che le sue disposizioni possono essere cambiate, se lo stato delle cose modificasi per esempio, che si possa diminuire o sopprimere una misura provvisionale accordata durante la lite, se i bisogni di colui il quale l'aveva ottenuta non sono più gli stessi, non perciò ne siegue che i giudici possono ritrattarsi sotto il pretesto che avevano mal giudicato, malamente applicata la legge. (*Ved. la nostra Quist.* 1616.)

La loro sentenza non è soggetta se non ai rimedi legali, che nel caso attuale sarebbero quelli del ricorso in cassazione. Ove si trattasse della sentenza del tribunale di commercio la di cui esecuzione fosse stata illegalmente sospesa dai giudici di appello, gl'interessati possono contro di quest'ultimi fare un giudizio di presa a parte, e dimandare i danni ed interessi, ai termini dell' art. 647 del Cod. di Com.]

ART. 463 † 527.

[1672 bis. *Su di un appello prodotto avverso di una sentenza pronunziata in materia sommaria, può ordinarsi l' istruzione per iscritto ?*

L' istruzione per iscritto non è permessa in materia sommaria, davanti i tribunali inferiori; ma dubitavasi se dovea essere lo stesso per rispetto alle cause in appello, poichè l'art. 463 non contiene alcuna disposizione la quale proibisca di mettere la causa a rapporto; ma Lepage, p. 309, 1. Quist. e Demiau Crouzilhac, p. 350, opinano che le materie sommarie non possono essere messe a rapporto nè in appello nè in prim' istanza. Difatti l' art. 470 † 543 dispone doversi osservare in appello tutte le regole stabilite in prim'istanza, tranne se le medesime non fossero in contradizione con quelle stabilite per l' appello.]

ART. 464 † 528.

[1674 bis. *Di qual compensazione intende parlare l' art.* 464 ?

La compensazione può essere opposta per la prima volta in appello: in tal modo la Corte di cassazione decise, nel 4 agosto 1806 (*G. di pat.*, *tom.* 9, *pag.* 73), ed è questa d' altronde la disposizione precisa dell' art. 464.

Ma molti autori han voluto introdurre una distinzione. Gli uni avvisano che trattasi unicamente della compensazione il cui titolo esiste prima della sentenza, e che le parti hanno omesso di farla in prim' istanza; altri credono essere necessario che la compensazione non possa verificarsi se non dopo la sentenza; ma siffatte distinzioni non sono fondate sopra alcuna disposizione testuale; nè sembra che la legge le ammetta, nè sono riconosciute da Favard di Langlade, t. 1, p. 183, n. 6. Intanto, se il titolo sul quale fondasi la compensazione fosse contrastato, è evidente che sulla prima lite, se ne impegnerebbe una seconda ben diversa; e le prime azioni sarebbero completamente snaturate. Noi crediamo che l' art. 464 intende parlare della compensazione non impugnata. È noto che in questo caso siffatto modo d'estinzione è la risposta perentoria alla dimanda di adempimento d' una obbligazione; che se questo mezzo non fosse ammesso in causa di appello, il giudizio seguirebbe inutilmente il suo corso.

Del rimanente, la compensazione ordinata da una sentenza di graduazione, e non contrastata in prim'istanza, non può essere impugnato per la prima volta in appello. Parigi, 2 maggio 1807 (*G. de' pat.*, *tom.* 9, *pag.* 78.]

[1674 ter. *Se il credito col quale vuolsi operare la compensazione è maggiore di quello al quale si oppone, potrà la G. Corte di appello de plano giudicare della totalità del credito ?*

Il dubbio sorge dal motivo che la dimanda di condanna per la somma eccedente, non potendo definirsi una eccezione all' azione principale; sembra doversi comprendere nella categoria delle dimande novelle, proibite dalla legge. Ma, a ciò si risponde, che la compensazione in grado di appello non dev'essere ammessa, esclusivamente perchè abbia il carattere di eccezione, e la pruova si è che la legge indica specialmente la compensazione, il che sarebbe stato inutile se non l' avesse distinta dai mezzi ordinari di eccezione, che comprende tutti in una denominazione generale. Autorizzando indistintamente le dimande di compensazione, essa fa sufficientemente comprendere che siffatte dimande sono per intero ammissibili tanto se fussero limitate alla summa per cui si agisce, quanto se prendessero il carattere di di-

mande riconvenzionali. La Corte di cassazione decise nel 7 agosto 1834 (*G. di pal.*, *tom.* 7, *pag.* 276), che in prim' istanza potrebbesi accogliere una dimanda di compensazione maggiore della dimanda principale, sebbene non fosse soggiaciuto all' esperimento della conciliazione. La decisione da noi data pel giudizio d' appello, è una conseguenza necessaria della prima.

È ben naturale d' altronde che, se il tribunale d' appello ha valutato il merito del credito con cui si vuole operare la compensazione, e ne ha formato la base di una condanna, siffatta condanna applicasi all' intiero credito, dappoichè questo trovasi definitivamente valutato per intero, e non soggetto a novello apprezzo per ciò che risguarda l' altra parte. Il titolo è indivisibile, non potendo essere buono e cattivo nello stesso tempo; la divisione proposta urterebbe il buon senso, e finirebbe d'altronde col mettere il tribunale in una falsa posizione, perciocchè i giudici di prim' istanza chiamati a conoscere per la summa eccedente, dopo che quelli d' appello avrebbero pronunziato sulla validità della summa compensata, sarebbero nell'alternativa, o di subire l'influenza del giudizio già dato anticipatamente, o di pronunziare contro una decisione inappellabile.

Perciò Boitard, tom. 3, pag. 131 e seg., e Talandier, pag. 366, non esitano a risolvere per l' affermativa la presente quistione. Lo stesso dice Merlin, il quale l' ha trattata con maggiori sviluppamenti nelle *Quist. di diritto*, alla parola *Appello* §.14, art. 1, n. 6, 9, e 10.

Quest'ultimo autore adotta lo stesso sistema nel caso in cui, da un fatto alligato come eccezione in prim' istanza, vorrebbesi, in appello, dedurre benanche un motivo di condanna. Egli non iscorge alcuna difficoltà perchè il convenuto agisse in tal modo; poichè, se stabilito una volta il fatto, la condanna di una summa maggiore del credito chiesto può avere il suo effetto nel modo stesso dell'eccezione, richiederla non è formare una novella dimanda. Le conclusioni a ciò tendenti non sono, dice Merlin, che il corollario inevitabile e necessario dell' eccezione opposta davanti i primi giudici.]

[1674 quater. *Una Corte di appello può forse decidere su di una azione principale la quale non ha subito il primo grado di giurisdizione?*

Che no certamente; e Merlin Quist. di *Dritto*, alla parola *Appello*, §. XIV, art. 1, n. 21, fa ragionevolmente osservare che siffatta soluzione è una conseguenza necessaria delle regole le quali, fuori dei casi di eccezione indicati dagli art. 464 e 473 + 528 e 537, vietano ai tribunali superiori la conoscenza delle dimande novelle che si vorrebbero aggiungere in appello ad una dimanda principale, e di avocare il merito su di un' appellazione prodotta avverso di una sentenza relativa ad un semplice incidente.

Che se l' importanza dei due gradi di giurisdizione è tale che non cede neanche al vantaggio di far decidere l' intera causa dal tribunale superiore chiamato a conoscere di una parte di questa medesima causa, a maggior ragione è impossibile di ammettere che si possa essere tradotto direttamente, con una citazione introduttiva di giudizio, davanti una Corte di appello, per sentir decidere una lite di cui i primi giudici non han giammai conosciuto nè da vicino, nè da lontano.

Merlin appoggia la sua opinione all'autorità di *Henrion di Pensey*, *trattata dell' Autorità giudiziaria*, cap. 29, e di una decisione del Consiglio del 24 ottobre 1777. (*Ved. le nostre quist.* 1634 *e* 1676.]

[1674 quinquies. *La dimanda di danni ed interessi avvanzata in grado di appello è forse una novella dimanda?*

Poichè l' art. 464 contiene una disposizione precisa per eccettuare dal divieto generale le dimande di danni ed interessi relative al pregiudizio sofferto dopo la sentenza, ne siegue che le dimande le quali avessero per oggetto un danno precedente non sono escluse dal detto divieto. Perciò sono esse dichiarate inamissibili in grado di appello dagli arresti della Corte di cassazione, 1. marzo 1829 (*G. de' P.*, *t.* 2, *del* 1840, *p.* 462), 31 agosto 1830 (*G. di P.*, *t.* 40 *p.* 106), e dalle Corti di Rennes, 10 ottobre 1817 (*G. de' P. t.* 2, *p.* 110), e 5 giugno 1833 (*G. di questa Corte*, 1833, *t.* 1, *p.* 355); e di Roano, 21 aprile 1820 (*G. de' P.*, *t.* 9, *p.* 113); tranne se esse non abbiano per oggetto di ottenere la riparazione del danno sofferto dopo la sentenza: Rennes, 11 maggio 1815 (*G. de' P.*; *t.*, 9, *p.* 102); o dopo una decisione interlocutoria, Cass. 12 aprile 1817 (*G. di P.*; *p.* 632). In questi due casi, spetta alla Corte stessa di liquidarle, non dovendo per questo rinviare affatto ai giudici la di cui sentenza è impugna-

ta; Cass. 14 nevoso, anno IX (*G. de' P.*, *t.* 10, *p.*, 628).

Del resto la Corte di Bordeaux giudicò, con ragione, nel 28 gen. 1831 (*G. di questa Corte*, 1831, *p.* 53), che la parte la quale ha conchiuso in prim' istanza per una condanna di danni ed interessi per provare il possesso di stato, non forma una novella dimanda, fissando in appello la quantità dei danni ch' essa reclama.]

[1674 sexies. *Puossi dimandare in appello la demolizione di una fabbrica innalzata, nel corso del giudizio, sopra di un terreno di cui se n' è richiesta il rilascio?*

La disposizione dell' art. 461, il quale permette di chedere in appello gl' interessi arretrati ed altri *accessori* scaduti dopo la sentenza, del pari che i danni ed interessi per lo pregiudizio sofferto, sembraci legittimare la soluzione affermativa che la corte di cassazione ha data a siffatta quistione nel 2 dic. 1828 (*G. de' P.*, *t.* 36., *p.* 188.)

Di fatti non si può mettere in dubbio che tale aggiunzione alla dimanda originale, non ne fosse un' accessorio inseparabile; come lo sarebbe ogni dimanda per la riparazione di una novella turbativa di possesso, di una intrapresa novella formata sull' oggetto litigioso, la quale non potrebbe senza difficoltà, cambiando le conclusioni, essere intentata innanzi al tribunale chiamato a conoscere della prima; Cassazione, 21 aprile 1834 (*G. de' P.*, *t.* 50, *p.* 54. (*V. la Quist.* 1077 *quinquies.*)]

[1677 bis. *Si può elevare per la prima volta, in grado di appello, una quistione pregiudiziale sulla qualità delle parti?*

Evidentemente si, ove il convenuto impugnasse la qualità dell'attore; poichè anche quando siffatta contestazione fosse riguardata come una dimanda novella, essa rientrerebbe nell'eccezione dell' art. 464, perciocchè servirebbe di difesa all' azione principale. Quindi, allorchè un' erede intenta contro del legatario un azione di nullità di testamento, se costui si è limitato, in prim' istanza, a sostenere la validità del titolo, potrà impugnare in appello la qualità di erede al suo avversario. Fra molte decisioni le quali han consacrata siffatta dottrina, citeremo quelle della Corte di cassazione, dei 22 termidoro anno IX. (*G. de' P. tom.* 12, *pag.* 433, 1 *spec.*), 23 aprile 1827 (*G. de' pat.*, *tom.* 33, *pag.* 170), 11 aprile 1833 (DEVILL. 1833, *tom.* 478; *G. de' P.*, *tom.* 46, *pag.* 355), e delle Corti di Treves, 3 dicembre 1811; d' Orleans, 29 marzo 1815 e 19 maggio 1819 (*G. de' P.*, *tom.* 12, *pag.* 433, 2., 3.; *e* 4., *esp.*); di Poitiers, 15 luglio 1826, (*G. de' P.*, *tom.* 32 *pag.* 84), di Rennes, 11 giugno 1833, e di Bordeaux, 27 giugno 1833, (*G. de' P.*, *tom.* 37, *pag.* 355 2. *e* 3. *spec*) Merlin cita, censurandolo, un' arresto della Corte di Colmar degli 11 marzo 1819 (*G. de' pat*, *tom.* 9, *pag.* 111), il quale decise il contrario. (*Ved. benanche la nostra Quist.* 739 *bis.* §. 2.)

Ma l' attore potrebbe egualmente in grado di appello impugnare per la prima volta la qualità del convenuto? Merlin alla parola *appello*, *Quist. di Dritto*, §. 14, art. 1. n. 16, 12, propone una distinzione: se la contestazione tende a far direttamente pronunziare sulla qualità del convenuto col dispositivo della decisione, essa costituisce una novella dimanda, e addiviene per conseguenza inammissibile, poichè l' art. 464 ammette al certo le dimande novelle le quali servono di difesa all' azione principale, ma non quelle le quali servono ad esso di appoggio, da cui nasce la differenza di posizione fra l'attore ed il convenuto, da noi indicata nella *Quistione* 1674. In tal modo la riguardò un' arresto della Corte di cassazione del 18 aprile 1820 (*Giorn. de' Pat.*, *tom.* 9, *pag.* 112.)

Se l' attore a solo fine di giustificare le sue conclusioni principali, eleva difficoltà sulla qualità del suo avversario, in modo che vi si dovesse rispondere colle considerazioni e non già col dispositivo della decisione, rimanendo intatta la quistione fra le parti, niun motivo d'inamissibilità potrebbe essergli opposto, poichè le novelle ragioni non sono vietate.

Siffatta distinzione non sembraci nè giusta, nè chiara: per qual motivo stabilire una regola di dritto, se la stessa dipende unicamente dalla formola che l' attore adopererà nelle sue conclusioni? Se può evitare l'inammissibilità dando un' altro giro alle sue parole, la differenza sta soltanto nell'espressioni; non essendovene affatto nelle cose, sarebbe più naturale decidere entrambi i casi nello stesso modo.

E d'altronde l'attore il quale contrasta troppo tardi la qualità del convenuto, non lo fa a certo se non perchè gli è stata opposta nel corso del giudizio. Da questo momento addiviene convenuto sulla eccezione, e può per tal titolo,

come abbiam detto nella quist. 1674, opporre a siffatta eccezione delle dimande del tutto nuove.

Ecco piuttosto la distinzione alla quale più volentieri ci arresteremo.

Se la dimanda originale non suppone la riconoscenza nella persona del convenuto di tale o tal' altra qualità, l' attore potrà sempre, se si venisse in seguito a proporla per costituirne un mezzo di difesa, contrastarla e far dichiarare di non appartenere affatto a colui che la reclama. Perciò, io cito un'individuo per lo rilascio di beni di una successione che egli ritiene come legatario, fo annullare il suo legato, ed in appello, opponendomi egli di essere più prossimo erede di me, potrò contrastare siffatta qualità e far dichiarare col dispositivo della decisione, che non gli appartiene affatto.

Al contrario, io conchiudo perchè un' individuo chiamato a succedere sia condannato come erede beneficiato, non potrò, in appello, contrastargli siffatta qualità e dimandare che fosse condannato com' erede puro e semplice. La Corte di cassazione giudicò nel 20 gennaro 1835 (*Devill.*, 1835 1, 276; *G. de' pat.*, *tom.* 49, *pag.* 686), che agendosi in siffatta guisa verrebbesi a formare una di quelle dimande nuove, le quali sono vietate dall' art. 464, e se il mio avversario è stato assoluto da una mia dimanda contro di lui avvanzata nel suo nome personale, non potrò farlo condannare in appello nella qualità di erede; Brusselles, 9 marzo 1811 (*G. de'pat.*, *tom.* 9, *pag.* 93); ma questo ultimo caso rarissime volte presentasi in pratica.

Noi crediamo che tutte le specie nelle quali può elevarsi la presente quistione rientreranno nella prima categoria della nostra distinzione, e che per conseguenza, l'attore potrà sempre, del pari che il convenuto, impugnare per la prima volta in appello la qualità del suo avversario.

Pertanto la parte non potrà essa stessa cambiare carattere per sostenere una dimanda rigettata in prim'istanza; Agen 28 gennaro 1813 (*G. de' pat*, *tom.* 9, *pag.* 95.)]

[1677 ter. *Si può considerare come novella dimanda in appello quella la quale non è stata espressamente, ma virtualmente avvanzata in prim' istanza ?*

Che no, dicono ragionevolmente *Merlin*, *Quist. di diritto*, alla parola *Appello*, § 14, art. 1, 16, e Tallandier, pag. 357 e 368; e questi autori citano in appoggio della loro opinione, un'arresto della Corte di Cassazione del 17 ottobre 1809, alla quale bisogna aggiungere una decisione della Corte di Liege, del 10 febbraro 1807 (*G. de' P.*, *tom.* 9, *pag.* 76), giudicando entrambe le Corti che una dimanda per separazione di beni, la quale fosse stata soltanto virtualmente avvanzata in prim' istanza, è ammissibile in appello, ed in forza di questo stesso principio han così deciso le Corti di Agen e di Angers, alli 8 gennaro e 3 maggio 1824 (*G. de' P.*, *tom.* 26, *pag.* 109, *et.* 2, *pag.* 20); quella di Grenoble a' 13 agosto 1830 (*G. dei Pot. tom.* 32, *pag.* 251), e la corte di cassaz. a' 29 agosto 1826, che, in un giudizio di divisione ereditaria, i condividenti possono avvanzare in grado di appello, delle dimande che hanno relazione alla detta divisione non proposte in prim'istanza. Finalmente, trovasi espressa la stessa opinione nella decisione della Corte di cassazione, del 24 fiorile anno XII (*G. de'pat.*, *tom.* 9, *pag.* 60), a norma della quale la dimanda avvanzata contro un garante per parte del compratore per indennità di tutte le condanne che potrebbero contro lui sopravvenire, comprende necessariamente la dimanda per la restituzione del prezzo della vendita, la quale può, per conseguenza, essere per la prima volta dedotta in appello. La Corte di Bourges ha del pari adottata la medesima teoria, nel 12 maggio 1830 (*G. de' P. tom.* 40 *pag.* 88), dichiarando che si possono in appello specificare i motivi di nullità contro un processo verbale di perizia, malgrado di essersi limitato in prima istanza a dedurre la nullità in un modo generale, per difetto di forma. L'arresto della Corte di cassazione, del 22 luglio 1809 (*Sirey*, *tom.* 1, *pag.* 394), non è contrario a siffatte decisioni; ma tutto quello che dichiara si è che la dimanda di cui trattavasi nella specie, non era stata presentata, neppure virtualmente, davanti ai primi giudici.

Del rimanente, bisogna ammettere, con la Corte di Bourges, 9 dicembre 1830 (*G. de' P. tom.* 41, *pag.* 664), che le semplici riserve, fatte in prim' istanza, non potrebbero far riguardare l'azione come contenente virtualmente la dimanda ad esse relativa, e che conseguentemente non potrebb'essere la stessa sottoposta ai giudici di appello: riserbarsi di avvanzare più tardi una dimanda, vale lo stesso di dichiarare che attualmente non si produce.]

[1677 quater. *La dimanda degl'interessi reputasi virtualmente compresa in quella del capitale? Quella dei frutti nell'altra la quale tende al rilascio di un immobile ?*

Il §. 2 dell'art. 464 dichiara che gl'interessi scaduti dopo la sentenza possono essere dimandati in grado di appello. Ma si può dir lo stesso per rispetto a quelli che sono anteriori alla sentenza ?

Una decisione della Corte di Brusselles del 15 giugno 1825 (*Giorn. di questa Corte, tom.* 2, *del* 1825, *pag.* 126) ritenne ragionevolmente la negativa. L'art. 1153 del Codice civile dichiarando che gl'interessi non sono dovuti se non dal giorno della dimanda, è necessaria una dimanda apposita per farli decorrere. Non si potrà dunque, senza contravenire all'art. 464, avvanzare per la prima volta questa dimanda in grado d'appello; eccettuato però soltanto il caso in cui gl'interessi fossero dovuti di pieno dritto; Bordeaux 3 aprile 1827 (*Gior. di questa Corte, tom.* 2, *pag.* 210). V. in questo senso, MERLIN ; *Quist. di dritto* , alla parola *Appello*, § XIV, art. 1, num. 16, 17.

Ma non bisogna conchiudere , dice il citato autore, n 19, doversi dir lo stesso pei frutti di un'immobile di cui addimandasi il rilascio. Gli interessi moratori d'una somma non ne sono il prodotto reale e necessario ; ma spesso non è che fittizio , ed ecco perchè la legge ha voluto sottoporne l'acquisto a talune condizioni essenziali. Al contrario i frutti d'un' immobile, ne sono il prodotto naturale ed indispensabile , e debbono per conseguenza seguir sempre la sorte di quest' immobile.

La sentenza la quale vi accorda sia la somma, sia l'immobile, devè senza dubbio retroagire al giorno in cui avete fatto la dimanda ; ma se voi aveste avuta la somma dopo questo giorno, non è certo che l'avreste utilizzata , ma è certo invece che i frutti che ha prodotto l'immobile, quali essi fossero, sarebbero stati di vostra pertinenza.

Perciò la dimanda dell' immobile reputasi sempre comprendere quella dei frutti ; ed in tal modo fu risoluto dalle decisioni della Corte di cassazione dei 2 nevoso anno IX , 21 vendem. anno X, e 13 nevoso anno XII, (*G. dei P* , *tom.* 9, *pag.* 53). Finalmente devesi ritener lo stesso per rispetto ai frutti anteriori alla dimanda, allorchè il possesso non fosse stato di buona fede; Besançon, 25 agosto 1826 (*G. de' P. tom.* 34, *pag.* 151).

La Corte di Brusselles si è spinta financo a decidere, nel 4 giugno 1828 (*Giorn. di questa Corte, tom.* 2 *del* 1828, *pag.* 98), di potersi , sopra una semplice azione per pagamento di estagli, dimandare per la prima volta in appello, gli arretrati scaduti dopo l'introduzione del giudizio, ma prima della sentenza. La disposizione dell' art. 464 , la quale permette di dimandare quelli che sono scaduti dopo la sentenza, non esclude, ha detto questa Corte, dal dimandare quelli precedentemente scaduti. Ma noi non dividiamo questa opinione. Gli estagli sono dovuti di pieno dritto; ma la dimanda per l'adempimento di talune condizioni , non potrebbe essere riguardata come contenente virtualmente quella delle altre. Che l' attore possa far decidere sugli arretrati scaduti dopo la introduzione del giudizio, è cosa ben naturale; ma se non ha curato di farlo, noi non crediamo che possa validamente riparare a questa omissione in grado d' appello. Ciò importerebbe aumentare la sua dimanda, formandone una nuova; il che è fuori le eccezioni ammesse dal nostro articolo]

[1677 quinquies *Puossi, in grado d'appello, restringere la dimanda prodotta in prim' istanza , o aumentarla ?*

L' affermativa sulla prima parte della proposta quistione allontana ogni dubbio ; la dimanda ristrettiva , essendo necessariamente compresa in quella più estesa ch' erasi da principio prodotta , non può dirsi che non abbia subito il primo grado di giurisdizione Perciò una dimanda di divorzio , si può , in grado di appello , commutare in azione di separazione personale; Parigi , 13 agosto 1814 (*G. dei P.* 3 *ediz.* , *t.* 12, *p.* 364). Il gestore di una società, che in virtù di un atto di società, ha dimandato un' interesse, può, in appello , in virtù di una deliberazione di soci la quale rimonta ad un' epoca anteriore all' azione principale , dimandare un' altra specie d' interessi inferiore a quelli da lui già chiesti ; Cassaz. 21 maggio 1822 (*G. de' P.* , *t.* 24 , *p.* 167, *e G. de' P.* 3. *ediz.* , *t.* 17 , *p.* 363).

Un comune il quale ha sostenuto in prim' istanza , esser pubblica una strada, può, in appello , restringere la sua dimanda al dritto di passare a piede ed a cavallo pel terreno litigioso ; Cassaz. , 14 luglio 1824 (*G. dei P. tom.* 28 , *p.* 28.) Si può dopo di aver addimandato un dritto di comproprietà , restringere in appello le pretensioni al dritto di ser-

vitù o di uso; cassaz. 7 marzo 1826 (*G. dei P. t.* 31 *p.* 32); Metz 16 agosto 1814 (*G. de' P.*, *t.* 9, *p.* 101); Bourges, 14 maggio 1828 (*G. di questa Corte anno* 7., *p.* 195.) Colui che ebbe a soccumbere in prima istanza, in un'azione da lui intentata tanto nel suo nome, che nell' interesse di un terzo, del quale non è nè il procuratore, nè il rappresentante legale, può dichiarare in grado d'appello, che agisce soltanto nel suo nome particolare; cassaz. 1. settembre 1813 (*G. de' P. t.* 8, *p.* 313). Tutte siffatte decisioni sono, enunciate da *Merlin Quist. di dritto*, alla parola *Appello*, § XIV, art. 1, n. 16, 18 e 19, e da Talendier p. 367.

Ma, per la ragione opposta, vi sarebbe dimanda veramente novella, e per conseguenza inammissibile in appello, se si aumentasse, fuori dei limiti stabiliti dal secondo § dell'art. 464, la dimanda di quello che si è chiesto colle conclusioni date in prima istanza, per esempio, se una parte dopo essersi limitata a dimandare i dritti d' uso, chiedesse in appello un dritto di proprietà; Cassaz. 13 fruttid. anno VIII (*G. de' P.*, *t.* 9, *p.* 51); 27 dicem. 1824 (*G. de' P.*, *t.* 29, *p.* 22.) o se dopo di aver dimandato la perenzione di una sentenza di separazione di beni, non eseguita ne' termini, ne dimandasse, in grado d'appello, la ritrattazione in merito; Tolosa, 23 agosto 1827 (*G. dei P.*, *t.* 35, *p.* 296); oppure se dope aver chiesto soltanto la verificazione di un testamento, ed il possesso provvisorio della successione, l' erede volesse, in apppello, che il testamento fusse annullato; Caen, 13 nov. 1829 (*G. de' P.*, *t.* 3, *p.* 365); o se dopo aver dimandato in prim' istanza, a ciascuno degli obbligati, il pagamento della rata e porzione di ciascuno di essi, modificasse le conclusioni, in appello, chiedendo l'azione solidale; Brusselles, 9 feb. 1820 (*G. di questa corte*, *t.* 1, *del* 1820, *p.* 325).

Ved. nulladimeno la Quist. 1664 sexies.]

[1677 sexies. *Si può avvanzare, per la prima volta in appello, una dimanda di garentia?*

Noi abbiamo risoluta siffatta quistione per la negativa, sotto i núm. 771 bis §. 2, 773 e 773 bis. Aggiungeremo in questo luogo, in appoggio di questa soluzione, le autorità di Favard di Langlade, t. 1, p 183, n. 5; *Pigeau, Com.* t. 2, p. 41; Tallandier p. 366, e di *Merlin Quist. di Dritto alla* parola *Tribunale di Appello* § 2.]

[1677 septies. *Si possono riprodurre in appello le dimande sulle quali i primi giudici hanno omesso di decidere?*

L' affermativa non ammette alcun dubbio, poichè questa omissione è uno degli errori, a correggere i quali trovasi istituito l' appello.

D' altronde, dalla disposizione dell'art. 464, non può dedursi alcuna ragione per risolvere il contrario. La soluzione quindi da noi data è adottata da Talandier p. 357.

Pertanto la Corte di Rennes non ha voluto, nel 19 maggio 1812 (*G. de' P.*, *t.* 12, *p.* 703), giudicare sopra simili conclusioni, sotto pretesto che non erasi, per tal riguardo, prodotto appello dalla parte che rinnovava, davanti alla stessa, le conclusioni sulle quali i primi giudici non avean risposto. Sembraci che il fatto solo della posizione di queste conclusioni equivalga alla proposta di un capo di gravame.

Del rimanente, una decisione della Corte di cassazione del 4 giugno 1833 (*G. de' P.*, *t.* 45, *p.* 518) confermò pienamente la nostra teoria, decidendo che quando il tribunale ha omesso di giudicare sopra conclusioni sussidiarie, che gli erano state presentate, la Corte di appello, chiamata a giudicare, non solamente può, ma deve anzi occuparsene.]

[1677 octies. *La dimanda novella la quale, ai termini delle ultime disposizioni dell' art. 446 potrebb' essere avvanzata davanti la Corte di appello, sarebbe forse, per tal circostanza, inamissibile nel tribunale di prim' istanza?*

Che no senza dubbio, poichè le eccezioni contenute nell' art. 464 sono meramente facoltative, e le parti possono, a loro piacimento, servirsi oppur no del benefizio loro concesso. Che se vi rinunziano, non si può contro di esse produrne alcun gravame.

La via naturale, ordinaria, consiste nell' impugnare il giudizio davanti il tribunale del primo grado di giurisdizione; e si può far lo stesso anche nel caso in cui la legge permette di non percorrerlo. Così fu deciso dalla Corte di cassaz., a' 18 febbraro 1819 (*G. de' P.*, *t.* 9, *p.* 111). La teoria contenuta in quest'arresto è dichiarata uniforme alla legge da *Merlin Quist.* di *Dritto* alla parola *Appello*, § XIV, art. 1, n. 17, e da Tallandier pag. 360. Nulladimeno il primo di questi autori la trova alquanto rigorosa, e la riguarda come quella che indica, nell' art. 464, un difetto di redazione che sarebbe cosa saggia far scomparire.

Noi non comprendiamo come si possa chiamar rigorosa una teoria la quale invece di un sol modo per sperimentare un'azione, ne accorda due.]

[1677 novies. *Allorchè l'appello è inamissibile, la Corte può nulladimeno giudicar sulle nuove dimande?*

Evidentemente no. Se l'art. 464, in taluni casi specificati, autorizza l'appellante o la parte appellata di presentare alla Corte dimande novelle, si è a causa della connessità ch' esse hanno colla dimanda principale; ed unicamente perchè è vantaggioso di terminarla con una sola decisione. Ma allorchè la corte non è regolarmente chiamata a conoscere della dimanda principale, senza della quale l'appello non può sostenersi, qual ragione saravvi di violare, per rispetto alle dimande accessorie, la regola dei due gradi di giurisdizione? Perciò la Corte di Rennes ha risoluta negativamente la proposta quistione nel 28 luglio 1820 (*G. de' P.*, *t.* 19, *p.* 223.)]

ART. 465 + 529.

[1679 bis. *Le dimande novelle, o le correzioni delle conclusioni fatte in modo diverso dagli atti semplici di cui parla l'art.* 465, *sarebbero forse nulle?*

L'art. 465 non ha evidentemente per oggetto se non d' interdire gli atti inutili, e le spese superflue, senza comminare affatto la pena di nullità contro le conclusioni le quali contenessero un maggiore sviluppamento. Se adunque fosse stato notificato un'atto più esteso di quello di cui parla l' articolo in esame, il divieto non produrrebbe altro effetto, se non quello di escluderlo dalla tassa. Molto meno sarebbero nulle le conclusioni, se fossero state semplicemente orali, o rimesse al cancelliere senza formalità; purchè costasse la loro esistenza, siffatte conclusioni, e la sentenza su di esse pronunziate sarebbero perfettamente valide, come fu deciso dalla Corte di cassazione al 1.° settembre 1813 (*G. de' Pat.*, *t.* 8, *p.* 313.)]

ART. 466 + 530.

[1679 ter. *Avvi forse qualche eccezione alla disposizione restrittiva dell' art.* 466?

Sotto l'art. 339, noi non abbiam richiesto, per parte di colui il quale vuole intervenire in prim'istanza, altra condizione se non quella di avere un' interesse, di qualunque siasi natura, nella contestazione che agitasi. E ci siamo fondati sulla ragione che infatti la legge non ne richiede alcun' altra.

In appello l'art. 466 presenta una disposizione tutta diversa. Il semplice interesse non è più la sola condizione da adempirsi per parte di colui che vuole intervenire in giudizio; ma bisogna del pari che questo interesse fosse tale da concedersi eventualmente il dritto a poter produrre opposizione di terzo. È necessario dunque che la lite che agitasi possa dar luogo ad una decisione i cui effetti gli recherebbero un pregiudizio che potesse direttamente sperimentarsi contro di lui, comunque non vi avesse preso parte.

È noto, che per l'intervento in grado di appello la legge è tanto precisa per quanto è silenziosa trattando dell' intervento in prima istanza. Noi non crediamo che si possa essere dispensato di applicare quanto essa dispone, comunque importante, comunque identico fosse l'interesse dell'interveniente in causa con quello delle parti principali, se non va fino ad accordargli il diritto di produrre opposizione di terzo. (*Ved la Quist.* 1680 *bis.*)

Ma non dimentichiamo che trattasi qui unicamente dell' intervento in *grado d'appello*.

Potrebbesi dare siffatto nome a quello il quale sarebbe fondato sull'interesse surto, per la parte che interviene, da una dimanda novella, legalmente avvanzata in appello da una delle parti in causa?

Se l' art. 466 restringe ad un caso ben determinato il diritto d' intervenire in appello, non è forse ad oggetto di sanzionare la disposizione che vieta di presentare dimande novelle? Non è forse ad oggetto che un terzo, estraneo alla causa, non possa cambiarne l' aspetto e le procedure, secondo la sua volontà o il suo capriccio?

Ma se il suo interesse annodasi ad una di queste dimande novelle, le quali sono permesse per eccezione, non violerà, dando le sue conclusioni su questa dimanda, nè direttamente nè indirettamente l'art. 466. Da un'altra parte non sarà egli l'autore del cambiamento operato nella causa, perciocchè siffatto cambiamento sarà dovuto alle novelle conclusioni di una delle parti che diggià figuravano in giudizio.

Finalmente, l' intervento su di una dimanda novella non può esserè riguardato come *intervento in appello*; dappoichè, su questa dimanda novella, non essendovi appello, la Corte è chiamata a giudicare in primo esame. Sembraci dunque che il caso da noi enunciato sia fuori del testo non che dello spirito dell' art. 466.

Che, quando una causa fu sulle prime discussa davanti i primi giudici, voglia punirsi la negligenza di colui il quale non ha profittato, allorchè vi avea interesse, del dritto d'intervento di cui poteva servirsi in prim' istanza, è cosa facile a comprendersi, ma se lo stato in cui trovasi la causa non abbia ancora fatto nascere quest' interesse, se sono surte delle novelle difficoltà in appello, non può farglisi alcun rimprovero di non essersi presentato più presto; nè può essere accusato di aver cambiato per suo proprio conto, lo stato di una causa già fissato. Ma egli non fa altro che profittare delle modificazioni che la causa subisce senza la sua partecipazione e senza il fatto proprio. Ved. sotto la *Quist.* 1681 ter, un' applicazione di siffatti principi.]

[1680 bis. *Se la parte la quale dimanda di intervenire in appello, dovesse soltanto sostenere dei dritti identicamente simili ai dritti di coloro che sono in causa, e fondati su di un titolo comune, in modo che dovesse contentarsi di aderire alle loro conclusioni, dovrebbesi ammettere siffatto intervento?*

Fu ritenuta l' affermativa, sotto la legge del 3 brumaio anno II, dalla Corte di cassazione, 20 termidoro anno XIII (*Sirey*, *t.* 10, *parte* 1, *pag.* 484, e *G. de' P.*, *t.* 14, *p.* 738). Siffatta legge però non aveva una disposizione simile a quella contenuta nell' art. 466 del Cod. di proc. civile, e quindi non accordava il dritto d'intervento, in grado di appello soltanto, alle parti che avessero avuto la facoltà di produrre opposizione di terzo. Il divieto di produrre novelle dimande, davanti il tribunale del secondo grado di giurisdizione, era allora la sola disposizione legale la quale sembrasse poter fare ostacolo alla soluzione affermativa della proposta quistione, ma nella specie, il dubbio non poteva essere importante; perciocchè trattavasi d'una dimanda identica, fondata sul medesimo titolo, e soltanto formata da una parte novella la quale aderiva alle conclusioni di quella che aveva figurato in prim' istanza. Ecco per quali motivi la decisione da noi riportata dichiarò ammissibile in grado d' appello l'intervento di una persona la quale non avesse avuto il dritto di produrre opposizione di terzo.

Sarebbe forse oggidì lo stesso dopo pubblicato l' art. 466?

Per esempio un testamento è impugnato di nullità da taluni soltanto dei coeredi naturali, e la loro azione è rigettata in prim' istanza. Siffatta sentenza, e la decisione che sarà pronunziata in appello, non sono di natura tale da pregiudicare ai dritti degli altri coeredi, i quali potranno sempre intentare a loro volta un'azione per quello che loro riguarda, e non avrebbero per conseguenza il dritto di produrre opposizione di terzo. Nulladimeno si accordi forse ad essi il dritto d'intervenire in appello; sotto il pretesto che le loro pretensioni non essendo diverse da quelle che deducono già le parti in causa, essendo tali pretensioni fondate su di un titolo comune, e dando luogo soltanto a delle conclusioni assolutamente simili, sarebbe lo stesso che agire secondo lo spirito della legge permettendo un' intervento in forza del quale eviterebbesi un novello giudizio, che non potrebbe mancare di ricevere la stessa soluzione del primo?

Noi non crediamo doversi adottare siffatto sistema.

Se, per l'intervento in prim'istanza, noi non esigiamo altra condizione se non un' interesse qualunque da parte dell' interveniente (*v. le nostre quistioni sotto l'art.* 339), si è perchè la legge non ne indica alcun' altro nelle sue disposizioni. Ma lo stesso silenzio non ha luogo per l' intervento in appello; in questo caso trovasi imposta una condizione precisa dall' art. 466 a colui che vuole intervenire, cioè quella di avere il dritto a produrre opposizione di terzo avverso la decisione pronunziata fuori la sua presenza. E questo articolo essendo preciso, e non lasciando scorgere alcun limite all' estensione della sua applicazione, sembraci impossibile di ammettere l'eccezione di cui parla, comunque favorevole possa essere.

È vero che due più recenti arresti della Corte di cassazione sembrano aver adottata la giurisprudenza nel modo da noi enunciata.

Il primo, sotto la data del 6 aprile 1830 (*Sirey*, *t.* 30, *parte* 1, *p.* 44), fu pronunto in un caso in cui più individui essendo addivenuti proprietari di fondi sottoposti ad una

rendita, ed essendosi agito soltanto contro uno di essi per lo pagamento davanti il tribunale di prim' istanza, tutt'i consorti di lite intervennero in appello per resistere congiuntamente a lui: La Corte di Colmar ammise il loro intervento, per la ragione » che la dimanda originaria era fondata sopra titoli comuni a tutt'i debitori; da cui risultava che la cosa giudicata col convenuto originario produrrebbe necessariamente un *giudizio anticipato* contro i possessori degli altri beni gravati; che la cosa giudicata col convenuto originario, in forza di titoli comuni agli intervenienti, darebbe a costoro il *diritto ad un' opposizione di terzo eventuale alla cosa anticipatamente giudicata contro di essi* sotto i medesimi titoli. » Il ricorso contro siffatta decisione fu rigettato dall' arresto da noi enunciato ed approvato da *Tallandier* p. 300, n. 280.

Finalmente, nel 28 genn. 1835 (*G. de' P.*, *t.* 49 *p.* 683), la corte di cassazione dichiarò legittimamente ammesso un' intervento fatto in somiglianti circostanze, fondandosi benanche sul motivo che la comunione dell'interesse fra le parti avrebbe dato, a quelle le quali non erano in causa, il dritto ad una opposizione di terzo; il quale porta seco quello d' intervenire in appello.

È chiaro che queste decisioni, lungi di voler fare un'eccezione alla regola contenuta nell' art. 466, hanno inteso farne una vera applicazione, dando esclusivamente per principio al dritto d'intervenire in appello, il dritto di formare opposizione di terzo; sotto questo rapporto adunque confermano la nostra dottrina.

Ma è vero forseche, nelle specie giudicate, esisteva il diritto di produrre opposizione di terzo?

Da quando in quà un semplice giudizio anticipato fa nascere siffatto dritto? Non è necessario forse un danno imminente, nascente dalla cosa giudicata, e che espone colui il quale non è stato parte nella sentenza a vederla eseguire contro di lui? Un danno forse il quale possa essere riparato soltanto colla ritrattazione della sentenza? Niuna di siffatte cose esisteva nella specie; avvegnachè di due cose l' una: o i consorti della lite erano ligati dalla solidalità o dalla indivisibilità, ed in questo caso, la sentenza riputandosi pronunziata contro di tutti (*vedi la quist.* 1565), essi potevano e dovevano anzi prendere la via semplice e diretta dell' appello: o non eravi solidalità, nè indivisibilità, ed allora la sentenza pronunziata contro alcuni di essi non poteva eseguirsi contro gli altri, dovendosi contro di essi intentare un separato giudizio, nel quale i loro mezzi di difesa rimanevano intatti e potevano far loro ottenere la vittoria della causa, senza che fossevi bisogno di ritrattare per nulla la sentenza di condanna pronunziata contro del primo. Siffatta sentenza non era per essi di alcun peso, nè recava loro alcun danno; per lo che ne siegue che essi non potevano produrre opposizione di terzo, e per conseguenza non erano ammessi ad intervenire in quell' appello che la parte condannata aveva prodotto.]

[1680 ter. *Un creditore può forse, in siffatta qualità, intervenire nel giudizio d' appello in cui il suo debitore è parte? L'interveniente in prim' istanza può rinnovare il suo intervento in appello?*

Ogni creditore può esercitare i dritti del suo debitore, perciocchè è interessato a non far svanire questi diritti i quali formano il pegno del suo credito. Può benanche impugnare gli atti fatti dal suo debitore in frode dei suoi dritti; perciocchè con tali atti il debitore separa i suoi interessi da quelli del creditore. Può finalmente, come abbiam detto sotto l' art. 339, *Quist.* 1270 *bis*, intervenire sempre, in prim' istanza, nella lite che sostiene col suo debitore, poichè per questo genere d' intervento, la legge non traccia alcuna regola, nè impone alcuna condizione.

Ma può essere lo stesso per l' intervento in appello? Che no senza dubbio; poichè qui devesi adempire ad una condizione preliminare: bisogna, per essere ammesso a siffatto intervento, avere il dritto di produrre opposizione di terzo.

Or il creditore, per mezzo della opposizione di terzo, può forse impugnare una sentenza pronunziata contro il suo debitore, sotto pretesto che la condanna che lo colpisce ricade a suo danno? Non lo può; di fatti, il creditore che si duole, se non è stato personalmente parte nel giudizio, eravi almeno rappresentato dal suo debitore; il quale vi esercitava identicamente i medesimi dritti che questo creditore sarebbe venuto egli stesso a sostenere, epperò la cosa giudicata con l'uno è giudicata coll' altro, tranne il caso di frode o di collusione fra il debitore e la sua parte avversa. Non avvi dun-

què luogo ad opposizione di terzo, nè per conseguenza, ad alcuno intervento in appello, fino a che non sia provata questa frode o collusione.

La legge ha ben potuto mostrarsi indulgente verso il creditore, non richiedendo che un'interesse qualunque, onde permettergli d'intervenire in un giudizio nascente, di cui non poteva nè ritardare il cammino, nè complicarne i risultamenti. Ma allorchè è stata già pronunziata, allorchè le posizioni rispettive delle parti trovansi così fissate, allorchè trattasi di giudicare sull' appello di questa sentenza, essa ha dovuto mostrarsi più difficile, e l'ha fatto. Bisogna che il creditore lasci terminare, colle medesime procedure, una causa che egli ha trascurato di renderla da principio propria; a meno che, dovendo le conseguenze della decisione ricadere sulla sua persona, siffatta circostanza non sia di natura tale da autorizzargli eventualmente il mezzo della opposizione di terzo.

In tal modo fu deciso dalla corte di Rennes, 21 giugno 1817 (*G. de' P.*, *t.* 14, *p.* 77); di Limoges, 21 maggio 1828; (*G. de' P.*, *t.* 35, *p.* 131 *e* 235), e 27 ottobre 1830 (*Corriere dei Tribunali*, *n.* 1273); d'Orleans 5 marzo 1823 (*G. de' P.*, *t.* 14, *p.* 51), e dalla Corte di cassazione, li 8 dic. 1825 (*G. de' P.*, *t.* 31, *p.* 33.)

Molto meno il creditore, il quale fosse intervenuto in prim' istanza, come ne ha sempre il dritto, potrebbe rendersi parte in appello con un semplice intervento. La sentenza pronunziata in prim' istanza essendogli comune non ha per impugnarla se non i mezzi permessi alle altre parti, val dire l'appello.

E come l' appello di coloro i quali sono stati condannati con lui non potrebbe giovargli (*ved. la Quist.* 1665), così ove egli stesso lascia decorrere il termine, la sentenza acquista a suo riguardo la forza della cosa giudicata. Egli non ha più dritto a produrre opposizione di terzo, essendo stato chiamato in giudizio; non può dunque intervenire in appello. Nulladimeno fu deciso il contrario dalle corti di Grenoble, 18 aprile 1828 (*G. de P.*, *t.* 41 *p.* 663), Bourges, 28 febbraro 1829 (*G. di questa Corte*, *anno* 8. *p.* 164); di Lione: 18 giugno 1836 (*G. de' P.*, *t.* 52, *p.* 126); ma i veri principi sembrano essere consacrati dalla corte di Poitiers a 6 marzo e 4 giug. 1828 (G. de' P., t. 35, p. 40 e 42) e da quella della Corte di Aix, in data del 24 febbraro 1825 (*G. dei P.*, *t.* 28, *p.* 141.)

L'intervento però è sempre ammissibile allorchè è fondato precisamente sulla mancanza della presenza dell'interveniente in prim' istanza, sebbene per frode il suo nome fosse stato inserito nelle narrative della sentenza. Una decisione della Corte di Rennes del 3 feb. (*G. de' P.*, *t.* 5, *p.* 67), ne offre un' esempio. Siffatta Corte considerò che, rifiutando l' intervento, sarebbe lo stesso che creare contro la parte un mezzo della stessa nullità e frode di cui si graverebbe.

Carrè, alla sua nota *Giurisprudenza* accompagna questa decisione colle seguenti riflessioni.

» Tale decisione fu pronunziata nel caso in cui una moglie separata di beni era stata inserita nelle narrative, unitamente a suo marito, tanto in prim' istanza che in appello. Si opponeva che essa non poteva essere segregata da siffatti giudizi, per dimandare, mediante l'intervento in causa, la nullità del procedimento, senza avere preliminarmente fatto decidere la dissaprovazione di coloro i quali avevano agito per lei, e che avevano notificato l'appello, tanto nel nome del suo marito che nel nome proprio. La Corte considerò che la disapprevazione non era necessaria se non quando esisteva un mandato tacito o espresso, e che quindi mancando l'uno o l' altro di essi, gli atti fatti in nome della reclamante erano nulli. Ed in effetti non potevasi quì considerare come mandato tacito, la consegna al patrocinatore di prim' istanza di un atto notificato congiuntamente al marito ed alla moglie, perciocchè dovevano essere citati con atto separato. Da un'altra parte, ond' essere validamente interposto l' appello in nome della moglie, doveva essere rivestito del suo consenso, o mediante la sua firma o procura speciale. Tali furono le ragioni per le quali la Corte l'ammise ad intervenire, segregandola dal giudizio, nelle narrative in cui la si faceva figurare. »

Del resto il divieto prescritto al creditore d' intervenire sull' appello prodotto dal suo debitore non gli toglie il dritto d'interporre quest' appello allorchè il suo debitore lo trascura, come abbiamo detto sotto l' art. 433, risultando ciò dall'art. 1166 del Codice civile; poichè se questo divieto è fondato sul motivo che

il debitore in causa rappresenta il suo creditore, questo divieto deve cessare nel caso in cui, non agendo affatto il debitore, tale rappresentazione non ha più luogo.

Vi sono però, per lo stesso motivo, delle circostanze nelle quali l'intervento in appello è permesso al creditore

1. In materia di fallimento, perciocchè, ciascun creditore avendo degl' interessi opposti e distinti, il debitore non li rappresenta affatto; Cass. 11 marzo 1810 (*G. de' P.*, *t.* 21 *p.* 539), e 7 aprile 1819 (*G. de' P.*, 3. *ediz.*, *t.* 15, *p.* 208); Colmar, 7 feb. 1829 (*G. di questa corte* 1829, *p.* 58); e Brusselles 12 ag. 1836 (*G. di questa Corte*, *t. del* 1836, *p.* 403).

2. Allorchè avvi dolo o frode, a norma della restrizione fatta al principio da noi stabilite; Grenoble, 22 dicembre 1815, e 21 aprile 1818 (*G. de' P.*, *t.* 14, *p.* 666); il creditore può allora intervenire per conservare i suoi dritti, o piuttosto assistere nella causa a sue spese, oppure, in taluni casi, farsi surrogare al suo debitore, e divenire così parte principale nella causa; Cassazione, 10 agosto 1825 (*G.* 26, 1 6); Grenoble, 7 gennaro 1831 (DEVILL. 32. 2. 18.)

3. Nelle difficoltà che elevansi nelle procedure di espropriazione e nel giudizio di graduazione, in cui discutonsi piuttosto i dritti dei creditori fra loro che quelli dei debitori; Rennes, 29 agosto 1814 (*G. de' P.*, *t.* 17, *p.* 242, 2. *esp.*); Bordeaux, 6 aprile 1838 (*G. de' P.*, *t.* 55, *p.* 501.)

4. In un giudizio di cancellazione d'ipoteca, l'intervento in grado di appello è permesso ad un' altro creditore ipotecario, e gli serve a conservare i suoi dritti particolari; Nancy, 18 dicembre 1626 (*G. de' P.*, *t.* 32, *p.* 125).

Siffatta teoria è adottata da TALANDIER, p. 297 e 309 n. 283 e 298, 8.]

[1681 bis. *Il cedente può forse intervenire, in grado d' appello, nella contestazione sostenuta dal cessionario pel credito ceduto? e viceversa? Il garante lo può forse, nella lite per la quale è tenuto di garentia?*

La prima e l' ultima di queste tre quistioni confondesi in una sola, poichè il cedente non può avere interesse nella causa sostenuta dal suo cessionario, se non a ragione della garentia che gli ha promessa. Le Corti di Rennes, 27 aprile 1818 (*G. de' P.*, *t.* 18, *p.* 968) e di Colmar, 14 marzo 1836 (*G. de' P.*, *t.* 51, *p.* 717), gli accordano il dritto d'intervenire in appello, facendo derivare siffatto dritto dal danno che la condanna del cessionario cagionerebbe al cedente sottoponendolo alla garentia, danno il quale darebbe dritto alla opposizione di terzo. Talandier, p. 308, pronunziasi nello stesso senso.

Ma PIGEAU, Proc. civile, lib 2, part. 4, tit. 1, cap. 1, art. XI, n. 8, e Com., t. 2, p. 45, fa osservare ragionevolmente, secondo noi, che siffatto danno non esiste; poichè, quando il cedente sarà chiamato in garentia dal cessionario, proverà a costui che si è malamente difeso nel giudizio principale, ed allora resterà al coverto da qualunque reclamo (*art.* 1640 + 1480 *cod. civ.*), ovvero sarà obbligato di confessare che la condanna non poteva essere evitata, e che non gli pregiudica più di quello che lo avrebbe pregiudicato se fosse stato parte in giudizio. In questo luogo vengono a proposito i principi che abbiamo sviluppati, in materia di garentia, nella *Quist.* 1581 *quater.*

La Corte di Tolosa giudicò benanche li 20 maggio 1820 (*G de' P.*, *t.* 14, *p.* 776), che la dimanda d' intervento, per quanto riguarda il garante, deve sperimentare due gradi di giurisdizione, e non può essere portata *de plano* davanti ai giudici d' appello, se non quando il giudizio di garentia fosse posteriore alla sentenza di prim'istanza; e laddove preesistesse, debb' esser rigettata.

L' art. 460 del progetto del Codice di procedura diceva « non sarà ammesso *alcun intervento*, se non si fa per parte di colui il quale vorrà assumere il fatto e la causa di una parte principale. » Come vedesi, risultava da questa prima redazione che il garante poteva intervenire in appello, comunque non avesse figurato in prim' istanza; ma l' articolo fu cambiato, e la disposizione novella che leggesi nell' art. 466 conduce ad una conseguenza contraria.

Noi dunque crediamo, malgrado le enunciate decisioni, che l'intervento, in grado d'appello, non è permesso al cedente.

Per rispetto al cessionario, il dritto d' intervenire in appello nella contestazione sostenuta dal suo cedente, è riconosciuto da TALANDIER, p. 308, 5, e da due decisioni, l'una della Corte di Brusselles, del 10 giugno 1819,

(*G. di questa Corte*, *t.* 2, *p.* 136); l' altra della Corte di Bordeaux del 31 maggio 1831 (*G. de' P.*, *t.* 41, *p.* 709)

Noi però preferiamo l' opinione contraria, con la Corte di Poitiers, 5 luglio 1826 (*G. de' P.*, *t.* 40, *p.* 55.) Di fatto, sebbene fosse vero il dire che la sentenza o la decisione pronunziata col cedente possa recar danno al cessionario, e che quindi trovasi nella specie una delle due condizioni per produrre opposizione di terzo; pure l' altra condizione, la quale consiste nel non aver assistito nella causa, nè da se stesso, nè per mezzo dei suoi rappresentanti, non esiste affatto; poichè non si può mettere in dubbio che tranne un caso di frode il cessionario non sia validamente e legitimamente rappresentato dal suo cedente.]

[1681 ter. *Un danno morale, nel quale s' incorre per effetto di una sentenza o di una decisione, sarebbe sufficiente per accordare il dritto d' intervenire in appello? Quid pel terzo il quale pretende essere stato ingiuriato nelle allegazioni?*

Noi abbiamo già enunciato, Quist. 1270, molte decisioni le quali dichiarono che un' interesse d' onore, quello, per esempio, del notaro il di cui atto è arguito di falso, può autorizzare un' intervento in prim' istanza. Ed infatti fu ammesso, in grado d' appello, in casi del tutto simili, dalle decisioni delle Corti di Nimes, 6 marzo 1822 (*G. de' P.*, 3. *ediz. t.* 17, *p.* 170), ed 11 luglio 1827; (*G. de' P.*, *t.* 31 *p.* 317), e di Bordeaux 28 agosto 1827 (*Sirey*, 28, 2. 76). Talandier, p. 301, n. 288, approva queste ultime decisioni.

Pertanto una distinzione sembraci necessaria. Se l' atto è stato dichiarato falso dalla sentenza di cui è appello, senza che il notaro fosse intervenuto in prim' istanza, sembraci che il suo intervento in appello non è ammissibile, perciocchè questa sentenza non parci suscettibile d' essere da lui impugnata per mezzo dell' opposizione di terzo; non recandogli alcun danno diretto, che possa eseguirsi contro di lui, senza poterlo evitare colla ritrattazione della sentenza. Tutto al più stabilisce un giudizio anticipato, ma che però non mena ad alcuna conseguenza rispetto all' azione alla quale potrebbe trovarsi esposto. (*Ved. la quist.* 943.) Il notaro adunque ha un interesse positivo perchè la sentenza sia confermata, ma siffatto interesse non è di natura tale da concedergli il dritto all' opposizione di terzo, nè per conseguenza quello dell' intervento in appello.

Ma se poi in appello soltanto viene il documento attaccato di falso, come nel caso della decisione di Nimes, 6 marzo 1822, se l' interesse del notaro non comincia se non in forza di questa novella dimanda, autorizzata dall' art. 464, come eccezione alla dimanda principale, in questo caso applicansi i principî stabiliti nella Quist. 1679 ter. Il suo intervento in siffatte circonstanze dovrà essere considerato come un' intervento in prim' istanza; e la mancanza del dritto della opposizione di terzo non lo renderà inamissibile. Il semplice interesse offeso o compromesso basterà per autorizzarlo.

Noi ragioniamo nello stesso modo per rispetto al terzo il quale credesi offeso negli atti notificati, in una causa in cui non è parte, ed a cui abbiam accordato, sotto le modificazioni della legge del 1819, il dritto d' intervenire in prim' istanza. (Ved. la nostra *Quist.* 1270 *quater.*)

Che se le contumelie di cui duolsi sono state cagionate in prim' istanza, non potrà dimandarne per la prima volta la riparazione in grado d'appello; poichè non prova alcun danno, anche nel suo onore, da una sentenza o da una decisione la quale pronunzia unicamente sull'oggetto della contestazione a cui egli è straniero. Qual mezzo avrebb'egli di produrre opposizione di terzo? Ninno al certo; poichè non avrebbe a far valere alcun motivo di gravame contro la sentenza. L' intervento in grado di appello non gli è dunque permesso, ed in tal modo decise la Corte di Grenoble il 5 agosto 1815 (*G. de' P.*, 3. *ediz.*, *t.* 13, *p.* 29.)

Ma se le contumelie fossero state dette soltanto in appello, non cominciando l' interesse che da questo momento per colui che n'è l'oggetto, la causa debb'essere considerata, relativamente a lui, come se fosse nella prima fase; ed il suo intervento è intervento di prim'istanza.

Con tali osservazioni vengono giustificate le decisioni della Corte di Rennes, 25 marzo 1807, e della Corte di Tolosa, enunciate ed approvate nella *Quist.* 1270 *quater.* Diversamente siffatte decisioni porterebbero una violazione all'art. 466, poichè ammisero, in grado di appello, l' intervento del terzo ingiuriato. Ma le ingiurie risultavano dagli atti notificati in grado di appello, ed allora questo articolo non era applicabile.]

[1681 quater. *Il vero interessato può intervenire, in grado di appello, nel giudizio da principio sostenuto da colui che avea semplicemente prestato il suo nome, per continuarlo allorchè costui l' abbandona, ovvero è dichiarato senza interesse?*

La Corte di Limoges decise la negativa, nel 20 agosto 1811 (*G. de' P.*, *t.* 14, *p.* 759), in un caso in cui trattavasi di giratario in bianco, il quale compariva per conto del vero proprietario dell' effetto di commercio.

Bisogna, per intervenire in grado di appello, disse la Corte, e Coffinières approva il suo ragionamento riportandolo, avere il dritto di produrre opposizione di terzo, val dire essere offeso nei suoi interessi dalla sentenza o dalla decisione. Or, il vero proprietario, lungi di provare alcun danno dalla sentenza ottenuta da colui che avea semplicemente prestato il suo nome, presentasi soltanto per dimandarne l'esecuzione: non trovasi dunque nella condizione dell' art. 466.

Comunque speciose fossero le ragioni sulle quali appoggiasi la Corte di Limoges, non può dissimularsi, che la soluzione non abbia, nei suoi risultamenti, qualche cosa di straordinario, e che sembra ledere la giustizia. Non è naturale, specialmente in materia di commercio, in cui tutto è buona fede, che un debitore il quale non ha adempito ai suoi impegni, e che in sostanza non contrasta il dritto del suo avversario, trovi intanto il mezzo, ignorandosene il motivo, di sfuggire ad una condanna inevitabile, e di far ricadere tutte le spese a danno del suo creditore. Senza dubbio costui potrà più tardi intentare una novella azione; ma a quale oggetto una seconda lite, mentre poteva essere tutto finito fin dalla prima volta?

Una somigliante procedura non è nel voto della legge. Forse la Corte di Limoges e lo stesso Coffinières sonosi lasciati troppo preoccupare dalla circostanza, che l' attore originario non avesse fatto altro che prestare semplicemente il nome all'ultimo giratario; ma da ciò nulla potevasi conchiudere a favore del debitore, e la sua posizione non cambiava per tal circostanza, perciocchè non alligava alcuna frode e non opponeva al vero creditore alcuna compensazione. Noi non vogliamo dire al certo che il giratario in bianco avesse il dritto di ottener condanna *a suo favore*, ma crediamo colla Corte di cassazione, che quella che aveva ottenuta andava a vantaggio del creditore al quale egli non avea fatto altro che prestare il suo nome: costui doveva essergli sostituito, e non avea quindi bisogno di ricorrere ad un'intervento, e d'invocare gli art. 182 e 183†276 e 277 del Cod. di proc. civ., i quali non sono affatto applicabili alla specie, come l' ha benissimo stabilito la Corte di Limoges. Dobbiamo ancora far osservare che in una causa del tutto simile alla presente quistione, la Corte di cassazione diede fuori un' arresto in data del 2 gen. 1828 (*G. de' P.*, *t.* 35, *p.* 183), dal quale chiaramente risulta che quando è stato incominciato un giudizio sotto un nome improntato, il vero interessato può, nel corso della lite, essere sostituito a chi gli ha prestato il nome, senza agire per mezzo dell'intervento in causa. Tale arresto è, come vedesi, d'un grave interesse, e noi crediamo che debba prevalere sulla decisione della Corte di Limoges.

Talandier, il quale approva l' arresto della cassazione (*p.* 314), enuncia diverse decisioni che stabilirono lo stesso principio: Cass., 7 apr. 1813 (*Sirey*, *t.* 13, *part.* 1, *p.*376); Tolosa, 22 feb. 1828 (*G.* 28. 2. 262) e Bordeaux, 21 nov. 1828 (*G.* 13. 1. 374) e 15 giugno 1813 (*G.* 29. 2. 253.)]

[1681 quinquies. *In materia di stato, l'intervento degl' interessati, i quali non figurano come parti in prim' istanza, è permesso forse in grado di appello?*

La Corte di Pau giudicò l' affermativa, 20 gen. 1837 (*G. di P.*, *t.* 1, *del* 1837, *p.* 514).

Questa Corte si è fondata sul motivo che le decisioni le quali pronunziano sulla legitimità hanno effetto anche contro i parenti che non sono stati chiamati in giudizio, non potendo un'individuo essere legitimo per rispetto a talune persone, ed illegitimo per rispetto ad altre. Ammette dunque l'indivisibilità nelle quistioni le quali risguardano lo stato delle persone.

Noi dobbiamo primamente dire che siffatto principio, che non possiamo in questo luogo esaminare, dappoichè appartiene meramente al dritto civile, è vivamente dibattuto dalla giurisprudenza e dagli scrittori. Ma anche ammesso, non potrebbe al certo giustificare la decisione della corte di Pau. Di fatto, se avvi indivisibilità in questa materia, la sentenza pronunziata contro un solo degli interessati reputasi pronunziata contro tutti gli altri. (*V. la*

Quist. 1565); per lo che essi non possono avvalersi del mezzo della opposizione di terzo, nè per conseguenza, dell'intervento, ma del mezzo diretto dell'appello.

E se non avvi indivisibilità l'opposizione di terzo sarebbe molto meno ammissibile, perciocchè la sentenza non può recare alcun danno a coloro i quali non furono parti in giudizio.]

[1684 bis. *Allorchè si è già prodotta opposizione di terzo avverso una decisione, si può forse intervenire in un giudizio relativo alla esecuzione di siffatta decisione?*

La Corte di Parigi, 10 fruttid. anno XII. (*G. di P.*, *p.* 733) decise la negativa; poggiandosi sul motivo che l'opposizione di terzo è un mezzo straordinario di cui non si può far uso per sospendere l'esecuzione, e che non può intervenirsi nell'esecuzione di una decisione se non quando si è stato parte in giudizio. Noi approviamo siffatto ragionamento della Corte di Parigi, il quale è come il riassunto dei principî relativi alla materia in esame. L'art. 466 del Cod. di proc. civ. il quale accorda il dritto dell'intervento a tutti coloro che possono produrre opposizione di terzo, suppone che la parte la quale poteva adoperare l'uno o l'altro di questi mezzi non ne abbia scelto alcuno; ma se al contrario fosse stata prodotta la opposizione di terzo, l'intervento non sarebbe più ammissibile, e *viceversa*. Di fatti, per qual motivo la legge permette l'intervento in causa? Si è evidentemente per diminuire le liti, facendo decidere allo stesso tempo e definitivamente quello che poi sarebbesi rimesso in quistione da uno degl'interessati: per conseguenza quando l'intervento non debb'avere per risultamento d'impedire la opposizione di terzo e la lite che debb'esserne la conseguenza, bisogna rigettarla. Ed a maggior ragione bisogna in tal guisa decidere allorchè, come nella specie, trattasi soltanto di un giudizio accessorio relativo all'esecuzione di una sentenza o di una decisione. Questa lite non riguarda che coloro i quali furono parte nel giudizio principale.]

[1684 ter. *Si può intervenire per la prima volta, davanti la Corte di cassazione?*

Il giudizio in cassazione essendo un giudizio novello, indipendente da quello ch'è stato espletato colla decisione impugnata, è certo che tutti coloro i quali vi hanno interesse, possono intervenire, e qui applicansi i principî contenuti nell'art. 339 † 433 e non già quelli su cui è poggiato l'art. 466. Quindi non è necessario di essere stato parte nella decisione impugnata. Epperò l'aggiudicatario di un'immobile può intervenire davanti la Corte di cassazione su di una dimanda di competenza giurisdizionale fra giudici, la quale, se fosse accolta, avrebbe per effetto di annullare la sua aggiudicazione; Cassaz. 9 gen. 1834 (*G. di P.*, *t.* 47, *p.* 417). Gli è vero ch'era stato deciso, 8 gennaro 1833 (*G. di P.*, *t.* 44, *p.* 61), che l'aggiudicatario di un'immobile il cui pignoramento fu convertito in vendita volontaria, non può intervenire davanti la Corte di cassazione per far rigettare il ricorso diretto contro la decisione la quale ha pronunziato che il detto pignoramento si fosse convertito in vendita, se non quando fosse stato parte in questa decisione; ma siffatto modo di giudicare sembraci illegale. Ogni parte che ha un'interesse evidente debb'essere ammessa ad intervenire in giudizio a sue spese; che si costringa, se vuolsi, a farne preliminarmente un deposito, nell'interesse delle altre parti; ma che non gli si chiuda l'ingresso del tempio, allorchè tutta la sua fortuna dipende dalla decisione che va a pronunziarsi: siffatto rifiuto sembraci contrario al vero spirito delle nostre leggi di procedura, ed all'equità la quale distingue così eminentemente le decisioni della Corte Suprema.

Per rispetto alle decisioni dei 19 febbraro 1830 (*v.* 30, 1. 130), e 7 aprile 1830 (*G. de'P.*, *t.* 40, *p.* 20), le quali sembrano benanche esigere, per un'intervento in cassazione, che la parte abbia figurato davanti ai giudici del merito, noi crediamo ch'esse sono dovute piuttosto alle circostanze di fatto che ad un principio di dritto.

Del resto, è chiaro che l'intervento non potrebb'essere ammesso davanti la sezione civile, allorchè le aringhe sono terminate ed udito il pubblico ministero; Cassaz. 7 gen. 1826 (*G. de'P.*, *t.* 30, *p.* 39.)

Le parti possono essere ammesse ad intervenire davanti la Corte di Cassazione, sulla dimanda per annullamento avvanzata dal procurator generale, in forza dell'art. 80 della legge del 27 ventoso anno VII?

Questa quistione, la quale fu vivamente dibattuta dal procuratore generale Dupin, affinchè fosse stata negativamente risoluta, all'u-

dienza del 6 aprile 1837 (*Devill.* 1837, 1, 295; *e G. di P. del* 1837, *p.* 282), non fu risoluta dalla Corte. La negativa sembraci evidente.]

ART. 468 + 532

[1686 bis. *In un tribunale distrettuale, che decide in grado di appello, possonsi chiamare uno o più giudici per dirimere la parità dei voti?*

Comunque le disposizioni risguardanti il titolo in esame sono applicabili a tutt'i tribunali d'appello, è nulladimeno da osservarsi che l'art. 468, come il suo testo l'annunzia, è stato scritto soltanto per le Corti reali. L'art. 118 + 212 è quello che regola il modo di procedere sulla parità dei voti, allorchè ha luogo nei tribunali ordinari, e questo metodo, secondo noi, dev'essere adottato, sia che questi tribunali decidano in prim' istanza, sia che debbano pronunziare in grado di appello.

Noi abbiamo giustamente detto, nella Quist. 493, che i tribunali distrettuali potranno chiamare più giudici in luogo di un solo; come prescrive l' art. 118 per dirimere una parità. Ma siffatta facoltà debb' essere ristretta nel caso in cui l'aggiunzione di più giudici sembrerà, secondo le osservazioni da noi fatte *eodem loco*, l'unico mezzo per giungere ad una conclusione. Fuori di questo caso, debb' essere chiamato un sol giudice, come l'insegna Thomines Desmazures, t. 1, p. 709.

Non così in una Corte reale, in cui i magistrati sono liberi di chiamare uno o più giudici, a loro genio, e secondo che credono aver bisogno dei lumi di un maggiore o minore numero di membri aggiunti. Laonde la Corte di cassazione, nel 6 aprile 1831 (*Dalloz*, 1831. 1. 117), decise potersi chiamare, per dirimere la parità in una Corte reale, due componenti di un'altra camera, con uno di quella in cui si è fatta la parità, ma che però non sia intervenuto nella decisione di parità, allorchè il voto di questo magistrato basterebbe per dirimerla; e nel 19 agosto 1828 decise (*Dal.* 1828 1, 388), che se avvi un sol consigliere disponibile, la Corte può aggiungervi degli Avvocati, comunque fosse d'altronde sufficiente la presenza di un sol consigliere.]

[1686 ter. *Queste parole dell'articolo* SEMPRE IN NUMERO DISPARI *debbono forse essere rigorosamente osservate?*

Clie no; poichè come avvisa *Boitard*, t. 3, p. 141, e come noi abbiam fatto osservare nella *Quist.* 493, la legge, nell'adoperare siffatte parole, sembra aver supposto che la parità non poteva provvenire, in un'assemblea di magistrati, se non dalla loro riunione in numero pari, ed ecco perchè prescrive di aggiungere ad essi un numero dispari di colleghi. Ma se, come è facilissimo, la parità ha avuto luogo in un'assemblea in numero dispari, può presentarsi una combinazione tale che sarà necessaria l'aggiunzione di un numero pari per dirimere la parità.]

[1686 quater. *Allorchè la Corte divisa d'opinioni, invece di magistrati, chiama dei giureconsulti, ha forse egualmente la scelta di chiamarne uno o tre?*

Secondo le espressioni dell'articolo, le quali, allorchè trattasi di magistrati, esprimono una facoltà alternativa, mentre che nel paragrafo relativo ai giureconsulti, ne indicano imperativamente il numero, noi decideremo con *Thomines Desmazures*, t. 1, p. 710, che la Corte non può giammai chiamar meno di tre avvocati, essendo certamente sembrato necessario questo numero per bilanciare le garentie che offrirebbe la presenza di un magistrato titolare. Ma la Corte potrà chiamarne quattro, cinque ec. ec., laddove, a norma delle osservazioni fatte nella precedente quistione, o per qualunque altro motivo, il numero dispari di tre non fosse sufficiente, sia per completare la Camera, sia per condurre la deliberazione ad un risultamento definitivo. Infatti la Corte di cassazione decise, li 8 dicembre 1831 (*G. t.* 14, 1. *parte*, *p.* 121), che in un'udienza solenne, per rimpiazzare i magistrati impediti e per venire al numero di quattordici, una Corte può aggiungere a se quattro avvocati.]

[1686 quinquies. *È forse nulla la decisione pronunziata dopo la parità, se non si fosse seguito l' ordine della nomina nella chiamata dei consiglieri, ovvero se l'impedimento dei più antichi non fosse stato comprovato, o se in fine uno dei consiglieri intervenuti nella decisione fosse stato posteriormente sostituito senza un motivo conosciuto?*

Noi abbiamo risoluto affermativamente siffatte quistioni, sotto il n. 494, per rispetto ai tribunali distrettuali: le stesse ragioni applicansi alle Corti reali; ed in tal modo giudicò la Corte di cassazione, con arresto degli 11

feb. 1835 (*Devill.* , 1835, 1, 672; G. di P. t. 48, p. 357.)

Comunque l' impedimento debb' essere provato , non è necessario che lo sia con la stessa decisione, ma bisogna soltanto che questa prova abbia luogo in un modo legale , val dire con documenti pubblici ed autentici , come la data del congedo o quella del ritiro ; Cass., 9 maggio 1825 (*G. de' P.*, *t.* 29, *p.* 142. *V. la stessa quist.* 494.)]

ART. 469 + 533.

[1686 sexies. *La perenzione dell' appello fa forse perdere il dritto di appellare, anche quando la sentenza impugnata non essendo stata giammai notificata all' appellante , il termine concesso dall' art.* 443 *non fosse contro di lui decorsa ?*

Le parole con cui termina il comentario CCCXC fan supporre che Carrè riguardava come impossibile che si verificasse la perenzione senza che fossero decorsi i termini dell' appello. Intanto è da osservarsi , che comunque tali termini non decorrano se non quando la sentenza è stata notificata alla parte condannata da quella che ha guadagnato in prim'istanza , e che nulladimeno può ben prodursi appello prima di siffatta intimazione , può facilmente avvenire che si verifichi la perenzione sebbene il termine dell' appello tuttavia sussista. Da ciò , la quistione di conoscere se , anche in questo caso , l' art. 469 + 533 è applicabile , in modo che la perenzione dell'appello faccia acquistare alla sentenza l'autorità della cosa giudicata.

Noi rispondiamo affermativamente; poichè i termini dell' articolo sono generali e non ammettono alcuna distinzione. Aggiungiamo benanche ch' essi non sono nè possono essere stati scritti se non per quest'ultimo caso soltanto , quello cioè in cui i termini dell' appello non sono decorsi. Che se di fatti fossero spirati , la disposizione presente sarebbe completamente inutile , per dare alla sentenza l' autorità della cosa giudicata: ma risulterebbe sufficientemente dalla riunione delle disposizioni diggià conoscinte , le quali prescrivono in un modo generale le regole su' termini e sulla perenzione.

Se da una parte l'art. 401+494 dichiara che la perenzione estingue la procedura, senza che si possa opporre alcuno degli atti della procedura estinta, nè prevalersene ; e se dall' altra l' art. 443 + 507 proibisce d'interporre appello avverso di una sentenza dopo tre mesi dalla sua intimazione , queste due disposizioni sono sufficienti per far ben comprendere che , perento il primo appello e decorso il termine di un secondo, la sentenza diviene inoppugnabile.

Nè si può concedere che il legislatore abbia inserito nel nostro titolo l' art. 469 per istabilire in un modo ozioso una verità la quale diggià risultava dalle disposizioni precedenti. Bisogna dunque decidere che il suo scopo è d' introdurre un principio novello , ed allora non può essere diverso da quello che noi gli abbiamo assegnato.

Nei giudizi di prima istanza, la perenzione non estingue l' azione ; ma essa la estingue realmente in appello.

Che se , in generale , non può perdersi la facultà di appellare fino a che la sentenza non è stata notificata , si è per la ragione della finzione la quale fa presumere che la parte condannata non ne abbia avuto conoscenza ; ma siffatta finzione non deve forse svanire allorchè trovasi col fatto interposto l'appello, non avendo prodotto effetto se non per negligenza dell' appellante ?

La nostra opinione viene appoggiata dall'autorità di *Pigeau*, *Proc. civ.*, *lib.* 2, *p.* 4. *t.* 1, sez. 3, art. 11, n. 9 , e Com., t. 2 , p. 46 ; di *Thomines Desmazures*, t. 1, p. 710 e di *Boitard* t. 3, p. 143 e seg.

Del resto, consultando intorno a questo punto lo spirito del legislatore , nelle sorgenti ove sono contenuti i segreti dei suoi lavori, non si acquisterà molta luce. Albisson, nel suo discorso al corpo legislativo (LOCRÈ, *t.* 22 , *p.* 156, *n.* 18), esprimesi ne'medesimi termini di Carrè , nel suo comentario CCCXC, il che prova di non aver preveduta la presente quistione.

Lo stesso rilevasi dalle osservazioni del Tribunato sull'art. 469, ristrette a queste parole : « L' art. 491 + 494 dichiara che la perenzione importa estinzione della procedura. Bisogna dunque avvertire che la perenzione in grado d' appello lascia alla sentenza appellata l' autorità della cosa giudicata. » (LOCRÈ t. 22, *p.* 86, *n.* 12.)

Non si sa se il Tribunato vuole indicare con ciò una conseguenza o una modificazione dell' art. 491.

L' esposizione dei motivi, fatta da Bigot Prèameneu (*Locré*, *t.* 22, *p.* 123, *n.*22.) sembra soltanto la più precisa; ecco in qual modo esprimesi: « Avvi una differenza fra gli effetti della perenzione in prim' istanza e quelli della perenzione in appello. In prim' istanza, la procedura è estinta, ma non l' azione, a meno che fosse prescritta o diversamente annullata. Ma quando, sull'appello dalla sentenza, avvi perenzione, si presume che la parte condannata, per la sua lunga inazione, abbia rinunciato al suo appello, ed allora la sentenza pronunziata in prim' istanza acquista la forza della cosa giudicata. »

Noi citeremo, conchiudendo, una decisione della Corte di Lione del 23 nov. 1829 (*G. de' P.*, *t.* 38, *p.* 197), la quale consacra formalmente la nostra opinione, perciocchè stabilisce che il tutore il quale ha lasciato perimere l' appello da lui interposto in nome del minore, non può interporne un' altro, sotto pretesto che la sentenza non fosse stata notificata al tutor surrogato. Era questa pertanto una circostanza la quale aveva impedito di far decorrere il termine per lo appello, e che conseguentemente metteva le parti nella stessa posizione come se non vi fosse stata alcuna notificazione.

La Corte di Grenoble pronunziò una simile decisone, li 18 luglio 1828 (*G. di P.*, *t.* 38, *p.* 198).]

[1686 septies. *La sentenza la quale, per effetto della perenzione, non può più essere impugnata per mezzo dell' appello, può almeno esserlo col ricorso per annullamento o per ritrattazione di sentenza?*

Distinguiamo: la sentenza impugnata con appello era forse suscettibile di appello, oppure era inappellabile? Nel primo caso, nè il ricorso per annullamento nè quello per ritrattazione di sentenza sono ammissibili, perciocchè tali specie di ricorsi sono esclusivamente accordati contro le sentenze pronunziate inappellabilmente, e per le quali sonosi sperimentati i modi ordinari. Or, l'appellante il cui appello è perento trovasi nella stessa posizione di colui il quale non avesse affatto prodotto appello, perciocchè per sua colpa soltanto la sentenza non è stata sottoposta all' esame del giudice superiore.

Ma se si trattasse d' un appello inamissibile, essendo la sentenza pronunziata in ultima istanza, quale norma deve seguirsi? La perenzione di siffatt'appello non cambia la natura della sentenza. E quindi si ha dritto a ricorrere in cassazione o per ritrattazione di sentenza, ovvero di opporsi all' ordinanza d' *exequatur*, se si trattasse di una sentenza arbitramentale. In tal modo, per quest' ultimo caso, decise la Corte di cassazione con arresto del 27 maggio 1818, riportato ed approvato da *Merlin*, *t.* 17, *p.* 340 e seg., e da *Reynaud*, *Trattato della Perenzione*, p. 196, n. 124.

Thomines Desmazures, t. 1, p.711, accorderebbe anche nel primo caso il ricorso per ritrattazione, ove fosse fondato su di un motivo contro del quale non si potesse opporre il mezzo d'inammissibilità nascente dal termine, per esempio, il motivo di falso novellamente scoperto o di documenti ingiustamente trattenuti per fatto della parte, perciocchè in questo caso, potrebbe dirsi, che se l' appellante non ha proseguita la procedura, si è perchè era privato, per lo fatto stesso della parte avversa, dei mezzi di far rivocare la sentenza. Il ricorso per ritrattazione di sentenza, dice quest' autore, sarebbe ammissibile contro la decisione la quale avesse ammessa la perenzione, e farebbe risorgere l'appello, rimettendo le parti nello stesso stato in cui erano prima di questa decisione.

È chiaro, da queste ultime parole, che trattasi di una quistione diversa dalla nostra, e che Thomine Desmazures non ammette più di noi il ricorso per ritrattazione contro la sentenza pronunziata in prima istanza, giusta il divieto dell' art. 480 + 544 del Codice di proced.; ma soltanto contro la decisione di perenzione. Tutto ciò sembraci giusto.

In appoggio della nostra opinione, possiamo invocare le autorità enunciate nella *Quest.* 617.

[1686 octies. *In qual modo si deciderà in materia commerciale, ovvero dopo l' annullamento di una decisione?*

La perenzione ha luogo nelle materie commerciali, come in ogni altra materia, e vi produca i medesimi effetti. (*V. Quist.* 1411). Perciò l'appello perento dà alla sentenza del tribunale di commercio la forza della cosa giudicata; Tolosa, 3 gen. 1823 (*G. di P.*, *t.* 18, *p.* 504.)

Allorchè una decisione è stata annullata dalla Corte di cassazione, la Corte di rinvio trovasi virtualmente rivestita del dritto di conoscere del giudizio introdotto coll'atto di ap-

pellazione ; e non essendosi continuata la procedura pel corso di tre anni, si può dimandare, davanti a questa Corte, la perenzione dell'appello. Pronunziata siffatta perenzione, la sentenza la quale era stata confermata dalla decisione annullata riprende tutto il suo vigore ed addiviene inoppugnabile.

In tal modo giudicò la Corte di cassazione, li 27 giugno 1827 (*G. de' P.*, *t* 33, *p* 291) e 18 febbraio 1828 (*G. de' P. t.* 35, *p.* 192); non che la Corte reale di Parigi, li 18 aprile 1831 (Devill., 1831 2. 316; (*G. de' P.*, *t.* 42, *p.* 172). (*Ved. la Quist.* 1421 *ter.*)]

[1689 bis. *Se la sentenza appellata fosse una sentenza interlocutoria, qual sarà l'effetto che produce la perenzione di siffatt' appello?*

La sentenza interlocutoria acquisterà l'autorità della cosa giudicata, nel senso però che non potrà più essere impugnata con appello (*v. sup. Quist.* 1586 *sex.*), ma non perderà perciò il suo carattere d'interlocutoria. Laonde il giudizio di prim' istanza non reputasi espletato, e si potrà proseguirlo sulle norme di siffatta interlocutoria, fino alla sentenza definitiva.

Or noi dicemmo nella quist. 1421, che le interlocutorie non dando termine alla causa, non sono sottratte dalla perenzione.

Dal riavvicinamento di queste due verità, ne seguirà, secondo l' opinione di Merlin, *Repert.* t. 17, p. 342 e seg., che l' appello dichiarato una volta perento, il giudizio di prim' istanza, il quale non è stato continuato per l' elasso dello stesso tempo, sarà a sua volta esposto alla perenzione, la quale per verità dovrà essere dimandata dall' appellante davanti il tribunale di prim' istanza, prima che qualche atto d' interruzione non si fosse fatto dalla parte appellata.

Secondo questo grave giureconsulto, bisogna intendere l' art. 469 + 533 del Cod. proc. civ. come intendevasi l' art. 5 del titolo 27 dell'ordinanza del 1667 : or giudicavasi, sotto l'impero dell' antica giurisprudenza, che la perenzione dell' appello di una sentenza interlocutoria o preparatoria non racchiudeva la conferma della sentenza ; ma che al contrario, tutt' era perento, e l' appello e la sentenza. Quest' era l' avviso di Rodier e di d' Aguesseau, uniforme alle tre decisioni del Parlamento di Parigi, del 1603, 1607 e 1700. — D'Aguesseau assegna due ragioni a siffatta giurisprudenza.

« 1. Nelle sentenze definitive, nulla debbesi imputare alla parte appellata ; lungi di essere obbligata ad agire per far decidere l' appello, può al contrario rimanere in riposo, perciocchè il tempo solo decide qualche volta la sua causa. Non è lo stesso per l' appello da una sentenza interlocutoria ; il dritto è tuttavia *pendente*, la parte appellata dunque deve agire come l' appellante.

« 2. Nel caso delle sentenze definitive, non avvi più giudizio principale ; accade l' opposto, nel caso di una sentenza interlocutoria : la parte appellata adunque ha dovuto proseguire la procedura come l'appellante Che se l' appello non fosse sospensivo, niuna cosa la impediva d' agire, e se l' appello fosse sospensivo, doveva agire per rimovere gli ostacoli ; non avendolo fatto, ne siegue che la perenzione decorre contro di lei e contro dell' appellante. » (*D' Aguesseau*, *t.* 15, *p.* 188.)

E essenziale osservare, come l' abbiamo detto, che la decisione la quale dichiara perento l'appello prodotto avverso di una sentenza interlocutoria non influisce da se solo sul giudizio principale, e non porta di pieno dritto la perenzione. Secondo la stessa opinione di Merlin, richiedesi una dimanda speciale per questo secondo oggetto.

Reynaud, *Trattato della perenzione*, pag. 198, n 125, riproduce ed adotta siffatta opinione.

La soluzione data sulla quistione precedente fa ben comprendere che noi abbracciamo un sentimento opposto.

Secondo noi, la parte appellata non è mai colpevole di non aver eseguita la sentenza appellata, sia che l' appello fosse prodotto avverso una sentenza definitiva, sia che lo fusse contro una sentenza interlocutoria. L' effetto sospensivo dell' appello, tanto efficace nel primo quanto nel secondo caso, forma sempre la scusa, ed anzi legittima la sua inazione.

Essa non ha potuto continuare ad agire sulla interlocutoria, fino a che è durato l' ostacolo dell' appello. Da ciò siegue che, durante questo tempo, il corso della perenzione contro la sentenza interlocutoria ha dovuto essere interrotto in suo favore.

[1689 ter. *Se producesi appello avverso una sentenza contumaciale ; sebbene fosse perenta, per mancanza di esecuzione fra i sei*

mesi, la perenzione di quest' appello darà forse alla sentenza la forza delle cosa giudicata?

Che sì, perciocchè producendo appello, la parte condannata reputasi aver rinunciato al beneficio della perenzione, donde siegue che la sentenza rientra nella classe delle sentenze ordinarie, e che la perenzione dell' appello debba conseguentemente produrre a suo riguardo i medesimi effetti. In tal modo fu deciso dalle Corti di Nimes, 16 giugno 1829 (*G. de' P.*, *t.* 39, *p.* 61), e dalla Cassazione, 2 maggio 1831 (*Devill.* 1841, 244; *G. de' P.*; *p.*544), non che Raynaud, trattato della *Perenzione*, *n.* 233 *p.* 156).

Noi abbiamo diggià precedentemente decisa siffatta quistione nello stesso senso, Quistione 739 *bis.*]

Art. 470 † 534.

[1691 bis. *Risulta forse dall'art.* 470 *che i tribunali d' appello debbono osservare le forme stabilite dai tribunali eccezionali, allorchè ad essi è deferito l' appello de'le loro decisioni?*

Che no: l' art. 470 dichiara soltanto che la procedura seguita nei tribunali civili di distretto, e stabilita dal libro II. della prima parte del nostro Codice, sarà seguita nelle Corti reali.

Ma non bisogna conchiudere che i tribunali distrettuali, decidendo l' appello dei giudici di pace, debbano essere obbligati a seguire la procedura di questi ultimi; nè che le corti reali debbano seguir quella dei tribunali di commercio, allorchè conoscono delle loro sentenze.

Gli art. 405, n 1, Cod. proc. civ. e 648 del Codice di comm. trovansi appunto scritti per condannare e dimostrare falsa quest'interpetrazione che vorrebbesi dare all' art. 470.]

[1691 ter. *Possonsi riunire due appelli, l' uno avverso di una sentenza in materia ordinaria, l' altro avverso di quello pronunziato su di una dimanda di dichiorarsi una causa urgente?*

La negativa fu ragionevolmente decisa dalle Corti di Rennes, 22 aprile 1814 (*G. de' P. t.* 13, *p.* 77), e di Limoges, 20 luglio 1822, (*Devill.* 1832, *p.* 594; *G. de' P.*, *t.* 45, *p* 517.) Di fatto richiedendosi una procedura diversa per entrambi siffatti appelli, vi sarebbe eccesso di potere sottoponendoli tutti due ad una procedura identica.]

Art. 471 † 535.

[1693 bis. *Se l' appellante transige la lite, incorre forse nella multa?*

Se l' appellante non incorre nella multa allorchè rinunzia all' appello, molto meno può incorrervi colla transazione; dappoichè la prima può essere qualche volta l' effetto del convincimento acquistato dall' appellante di essere mal fondato il suo appello, nel mentre che la transazione, racchiudendo un abbandono reciproco di entrambe le parti, stabilisce al contrario una ricognizione scambievole ed implicita dei dritti di ciascuna di esse parti. È questa l' opinione di Pigeau, Comment. t.2, p. 51, di Thomines Desmazures, t. 1, p. 713, e di Talandier p. 480, la quale è stata consacrata da una decisione della Corte di Liege del 18 dic. 1835 (*Giorn. di Brusselles*, *t* 2, *del* 1836, *p.* 150.)]

[1694 bis. *Allorchè il tribunale di appello dichiarasi incompetente, ovvero l' appellazione è dichiarata nulla o inammissibile, incorresi forse nella multa come nel caso di un' appellazione mal fondata?*

Allorchè l' appello è rigettato per ragion di incompetenza o di nullità, Pigeau, *Com. t.* 2, *p.* 50, opina che la multa non è dovuta perciocchè da queste decisioni non risulta che la parte abbia prodotto un irragionevole appello avverso una regolare sentenza. Potrà darsi, al contrario, che ricorrendo in seguito innanzi un tribunale competente, e rinnovando il suo appello in forma regolare, essa pervenga a far riformare la sentenza, circostanza la quale proverebbe che a torto si è qualificato il suo appello come temerario.

Sotto l' impero della legge del 24 agosto 1790, art. 10, il quale diceva: *l' appellante il di cui appello sarà dichiarato mal fondato* ec., la distinzione di Pigeau era ammissibile: perciò la Corte di cassazione decise, 16 germ anno VII (*G. de' P.*, *t.* 2, *p.* 566), che quando il tribunale d' appello dichiara che *non vi è luogo a deliberare sull' appello*, per non essersi giustificato di aver pagata la multa incorsa per la non comparsa davanti alla giustizia di pace, l' appellante non dev' essere condannato alla multa per appello mal fondato.

Ma l' art. 471 del Codice di proc. civ. esprimesi in termini più generali: *l' appellante*

il quale succumberà ec. si succumbe forse meno col rigetto che coll' inamissibilità dell' appello *?* Se, in caso di rigetto, l' appello non può essere considerato come temerario nel merito, non l' è tale forse nel rito, sia pel modo con cui è stato interposto, sia per le circostanze nelle quali è stato prodotto?

Perciò la Corte di Limoges, la quale aveva da principio adottato il sistema di Pigeau, se n'è novellamente allontanata colle sue decisioni dei 14 e 19 maggio 1838 (*G. de' P., t.* 55, *p.* 443 *e* 495), la cui dottrina è approvata da Talandier, p. 480,

Del resto, Pigeau non estendeva la sua teoria all' appello inamissibile per fatto d' acquiescenza. È vero, diceva egli, che in questo caso i magistrati non valutano affatto il merito della sentenza impugnata; ma la parte condannata l' ha da se stessa deciso prestandovi acquiescenza.

Conchiudiamo che bisogna mettere da banda tutte siffatte distinzioni ed applicare la multa ad un capriccioso appello ogni qual volta l' appello fosse privo d'effetto; ammenochè non abbia avuto luogo la rinunzia. (*Ved. supra, Quist.* 1693).

La giurisprudenza e gli scrittori sono d' accordo su questo punto; e la quistione d'altronde non ha mai incontrata alcuna difficoltà.

Puossi, fra gli altri, vedere Pigeau, proc. civ. lib. 2. part. 4, tit. 1, cap. 6, sez. 3, art. XII, n. 6 e 2, il quale professava allora un'opinione diversa da quella emessa in seguito nel suo *Comentario*.]

[1694 ter. *La multa deve forse essere fissata dalle disposizioni del Codice di procedura, allorchè essendo l'appello anteriore alla sua promulgazione, la decisione al contrario è posteriore?*

La multa di un capriccioso appello, da principio stabilita per la summa di 75 franc., fu ridotta, in forza della legge del 24 agosto, a 9 fr., per gli appelli prodotti avverso le sentenze dei giudici di pace, ed a 60 fr. per gli appelli dalle sentenze di prim' istanza. Il Codice ha ridotto le prime a 5 fr., e le altre a 10 fr.; da ciò la presente quistione.

La Corte di Rouen l' ha risoluta per l'affermativa, addì 6 gennaro 1807 (*G. de' P., t.* 2, *p.* 589, 1. *sp.*) e la Corte di cassazione per la negativa, 11 aprile 1809 (*Ibid.* 2 *sp.*).

Noi preferiamo la soluzione della Corte di Rouen, con gli autori del *Pratico francese*, t. 3, p. 209. Di fatto, fino alla decisione confermativa, il merito dell' appello è incerto, e soltanto all' epoca della decisione s' incorre nella pena. Non si sa d' altronde che quando avvi dubbio sull' applicazione e la scelta fra due disposizioni o due legislazioni penali, bisogna sempre decidersi per la più indulgente?]

[1694 quater. *Se il tribunale d' appello omette di condannare alla multa l' appellante il quale succumbe, quali ne saranno le conseguenze?*

Per siffatta omissione, il giudice d' appello commette un' eccesso di potere ed una violazione di legge, e la sua decisione debb'essere annullata, come lo giudicò la Corte di cassaz., il 9 messid. anno V (*G. de' P. t.* 2, *p.* 565). Ma non può esserlo che nell' interesse del tesoro, e giammai la falsa applicazione di questa disposizione penale può divenire un motivo di cassazione in merito, nè in favore della parte alla quale illegalmente è stata condonata la multa, nè in favore della parte contro la quale la multa è stata illegalmente pronunziata, nè in favore di quella la quale pretende che il suo avversario avesse dovuto essere condannato alla multa; Cassaz. 8 fruttid. anno VIII, 24 vendem. anno XIII e 6 giugno 1811 (*G. de' P., t.* 2, *p.* 569.)

Perciò, essendo interessato soltanto il real tesoro per la parte della sentenza risguardante la multa, noi crediamo, ed è questo il risultamento della giurisprudenza della Corte suprema, che se la multa non è pronunziata quando si verifica il caso di pronunziarla, il tesoro ha soltanto il dritto di gravarsene, e che se la multa è stata illegalmente pronunziata, soltanto contro il tesoro può dimandarsi l' annullamento della decisione.]

[1694 quinquies. *Avvi forse altra condanna nella quale incorra l'appellante che succumbe in giudizio?*

Che si; avvi quella della condanna alle spese, dappoichè gli art. 130 e seg. † 222 e seg. risguardano i tribunali d' appello, e quelli di prim' istanza. È marcabile d'altronde che siffatta condanna, allorchè la sentenza è rivocata, comprende in favore dell' appellante, le spese tanto di prim' istanza che dell'appello.

Applicando gli enunciati articoli, hanno avuto luogo le seguenti decisioni, e molte altre che si troveranno indicate sotto la parola *spese* nel nostro *Dizionario generale*.

1. La parte appellata la quale succombe in un giudizio d' inamissibilità deve pagarne le spese; in escomputo di quelle alle quali l' appellante è condannato; Rennes, 30 luglio 1817 (*G. de' P.*, *t.* 3, *p.* 447.)

2. Allorchè una parte condannata ad una porzione di spese ha impugnato con un' appello generale ed indefinito la sentenza che lo condanna, senza fare intanto una menzione particolare del capo il quale mette una quantità di spese a suo carico, ed allorchè tanto la parte appellata che l'appellante hanno conchiuso rispettivamente per la condanna alle spese, la decisione che si emette non viola la cosa giudicata condannando l'appellante a tutte le spese; cassaz., 1. luglio 1828 (*G. de' P.*, *t.* 37, *p.* 31.)

3. Il convenuto il quale succombe in appello può essere condannato a tutte le spese, anche verso di una parte colla quale ha cessato di essere in contestazione, se ha conchiuso per le spese contro la parte la quale succumberà, e se siffatte conchiusioni non sono state impugnate; cassaz. 13 novemb. 1833 (*Devill.*, 1834, 1, 23. *D.* 53, *p.* 1. 16.)

4 La parte la quale, in appello, ha perduto su di un punto e guadagnato sugli altri, per effetto di una acquiescenza del suo avversario, può nulladimeno essere condannato a tutte le spese di prim' istanza e di appello; cassaz. 1. dicembre 1836 (*G. de' P.*, *t.* 53, *p.* 554.)]

Art. 472 † 536.

[1696 bis. *La seconda disposizione dell' art. 472 deve forse applicarsi anche quando la sentenza rivocata non è diffinitiva?*

No; poichè questo articolo non ha altro scopo che quello di sottrarre la esecuzione, e l'interpetrazione della decisione all' influenza dei giudici che avrebbero diggià manifestata sul merito della causa, una opinione opposta a quella la quale ha sovranamente trionfato. Or, se la sentenza rivocata non pronunziò che su di un incidente, siffatto inconveniente non è a temersi nella specie. Epperò, rivocando una decisione che avea accordata una inibitoria, concessa o rifiutata una proroga di esame ec., le corti di appello possono rinviare la conoscenza del merito allo stesso giudice. Tal è la teoria insegnata, ragionevolmente, da Talandier, pag. 171, e sanzionata colle decisioni delle corti di Bourges, de' 19 gennaio 1823 (*G. de' pat.*, *tom.* 22, *pag.* 139); d'Amiens, 20 febbraio 1821 (*G. de' pat. tom.* 37 *pag* 52), e della corte di cassazione, del 24 gennaio 1826 (*G. de' pat.*, *t.* 30, *p.* 390), e 12 dec. 1838 (DEVIL. *vol. del* 1829, 1, 291.)

Nulladimeno i giudici di appello potrebbero dispensarsi di rinviare la conoscenza del merito a' primi giudici, e senza rinviarla ad un altro tribunale, ritenerla per loro stessi, avocando a se il merito della causa. In tal caso applicherebbesi l' art. 473 † 537, e non già l' art. 472 † 536.]

[1696 ter. *Come debbe intendersi la disposizione dell' art.* 472, TRA LE STESSE PARTI?

Se l' esecuzione alla quale vuolsi giungere interessa un terzo, che non figurò affatto come parte nella decisione, ed a cui tale decisione è completamente straniera, per esempio, se l' oggetto di cui la decisione ordina la consegna trovasi tra le mani di un terzo, il quale rifiuta di rilasciarlo, la sentenza che si emetterà su tale controversia sarà devoluta a suoi giudici naturali. Poichè, facendola decidere dalla corte, non si può privare costui del primo grado di giurisdizione, nè conducendolo dinanzi il tribunale indicato dalla corte per la esecuzione, dargli giudici che non sono affatto i suoi giudici naturali. Siffatta naturale interpetrazione dell' articolo ottenne l' approvazione di Pigeau, proced. civ. lib. 2, part. 4, tit. 1. cap. 1, sez. 3, art. XIII, n. 2; di Favard de Langlade tom. 1, pag. 188, n. 4; Thomine Desmazures, tom. 1, pag. 715, e di Boitard tom. 3, pag. 151. Epperò la corte di Bordeaux giudicò il 17 luglio 1827 (*Gior. di questa corte, tom.* 2, *pag.* 355) che l'opposizione formata da un terzo al precetto spiccato per far eseguire una decisione della corte reale, dev'esser proposta all'udienza de' rapporti del tribunale di prima istanza. Ma Talandier, pag. 471 ragionevolmente opina, che la restrizione, la quale deriva da queste parole *tra le medesime parti*, non può esser invocata da' terzi, i quali, secondo l' art. 548 † 638, fossero stati nominatamente incaricati dalla decisione che fu pronunziata di fare o di dare qualche cosa. In fatti la decisione reputasi loro comune, ed è eseguibile contro di essi, come se fossero state parti in giudizio. Quindi, le difficoltà che sorgono sulla esecuzione sono, di competenza della corte o del tribunale da essa indicato.]

[1696 quater. *La incompetenza del tribunale di prima istanza, per conoscere della esecuzione della decisione rivocato, può venir opposta da tutte le parti? Può forse esser sanata?*

Il motivo che tutti gli scrittori e lo stesso legislatore assegnò dell' art. 472 indica sufficientemente, a nostro avviso; che la sua disposizione non è di ordine pubblico, ma essa fu solamente introdotta nell' interesse di colui il quale ottenne la decisione che rivocò la sentenza. Infatti il suo avversario non può dispiacersi che il tribunale di prima istanza, eseguendo una decisione che ha rivocata la sua sentenza, usi parzialità a suo danno essendo stato egli da principio favorito.

Da ciò conchiudiamo che, allorquando il giudizio, relativo alla esecuzione, è portato dinanzi al tribunale dalla parte che ottenne la decisione, l' avversario non può dolersene nè domandarne il rinvio dinanzi la corte; e che se all' opposto, vien portato dalla parte che guadagnò in prima istanza, ma che fu condannata in appello, l' altra parte può rinunziare ad eccepire la incompetenza, e considerarsi di averlo realmente fatto, procedendo volontariamente dinanzi il tribunale.

In due parole, siffatta eccezione non è d' ordine pubblico; essa può esser sanata, ma non supplita di officio. Così giudicò la corte di Rennes con decisione del 15 aprile 1816, citata da Carrè nella sua nota *Giurisprudenza*.]

[1697 bis. *Se confermando nell' intero suo contenuto la sentenza, la corte pronunziò su novelle dimande autorizzate dall' art.* 421 + 528, *a chi apparterrà la esecuzione relativamente a quest' ultime confanne?*

Pigeau, proced. civ. lib. 2, parte 4, tit. 1, cap. 1, sez. 3, art. XIII, n. 1, e *Comm.* t. 2, pag. 52, e Talandier, pag. 466, e 467, decidono che la esecuzione appartiene, interamente, al tribunale la cui sentenza vien confermata. Ed in vero questo tribunale non ha alcun motivo, dicono questi scrittori, per esser deferente, o di malvagia volontà, nella esecuzione delle disposizioni che per verità non gli son proprie, ma neanche sono contrarie a quanto fu da lui stesso stabilito.

Noi avvisiamo che questo caso non può esser regolato dall' art. 472, poichè quivi non trattasi nè di conferma nè di revocazione. Se noi volessimo seguire il principio di dritto naturale il quale attribuisce a ciascun giudice la esecuzione delle sue proprie sentenze, noi divideremmo qui la competenza, in modo che il tribunale sarebbe incaricato di eseguire i capi che facevan parte della sua sentenza, e la corte dei capi addizionali. Nullameno la connessità che esisterà sempre tra gli uni e gli altri, connessità che lo spirito dell' art. 461 rende necessaria, ci induce a ridurre il principio, ed affidare, come i citati scrittori, l'esecuzione totale al tribunale di prima istanza.

Non pertanto fu deciso che accordando i danni ed interessi per fatti posteriori alla sentenza, la corte può riservarsene la liquidazione e farla con altra decisione. Così insegnano Pigeau, Comm. tom. 2, pag. 52, e Talandier, p. 467, e così giudicò similmente la corte di cassaz., il 14 nevoso anno IX (*Gior. de P., t. 10, pag* 628) e quella di Rouen, il 26 gennaio 1814 (*Sirey*, 14, 2, 422). (*Ved. sopra la nostra quist.* 1697, *ed appresso* 1698 bis.)]

[1698 bis. *Qual è, in generale, il genere di esecuzione di cui parla l' art.* 472, *e che, in caso di rivocazione, è attribuito sio alla corte, sia al tribunale da essa indicato?*

Il testo dell' art. 472, non offre alcun chiarimento su questa quistione, che Carrè ha superficialmente trattata nella nota alla quistione 1700.

Nè la discussione dell' articolo fatta nel consiglio di stato è più soddisfacente. Sembra anzi che non siasi ben compresa la vera disposizione del testo che veniva in disamina.

Molti membri del consiglio, spaventati, parci., dalla grande estensione di potere che questo articolo sembrava concedere a' tribunali di appello, reclamavano una disposizione particolare per regolare la facoltà di avocare il merito della causa, e ciò si ottenne coll' art. 473 + 537.

Essi pretesero, dippiù, che la conoscenza della esecuzione, in caso di rivocazione della sentenza, non venisse concessa al tribunale di appello che sotto talune restrizioni. E tali restrizioni furon determinate, *exempli gratia*: *Salvo i casi della dimanda per nullità d' imprigionamento, di espropriazione forzata, e di altre nelle quali la legge attribuisce giurisdizione*.

Da una banda, ciò era lo stesso che supporre, che la esecuzione di cui parla l'art. 472, si è la esecuzione per mezzo dell'arresto personale; esecuzione alla quale si danno in balia le

parti per ottenere l'effetto di una sentenza che uscì completa dalla bocca del giudice; e, da un'altra parte pertanto, sarebbe stato lo stesso che escludere dalla regola generale tutt'i mezzi di qualunque esecuzione, poichè non è una sola, il sequestro presso terzo, il pignoramento de'mobili, quello de'frutti attaccati al suolo ec. a riguardo della quale non vi ha, nella legge, attribuzione di giurisdizione, sia con gli articoli particolari che trattano della materia, sia colle disposizioni generali di dritto. In una parola, non puossi citare un azione, un giudizio, sia principale, sia accessorio, introduttivo, incidente, che non abbia la sua giurisdizione ben determinata. Escludere dall'art. 472 le materie riguardo alle quali vi ha attribuzione di giurisdizione, suona lo stesso di escluderle tutte di un sol tratto.

Siffatta osservazione sembraci sufficiente per dimostrare che non è della esecuzione per mezzo dell' arresto personale che intendono parlare i compilatori dell'art. tal quale esisteva pria dell'aggiunzione della disposizione finale; e trattandosi, siccome in prosieguo spiegheremo, di un principio di dritto poggiato sulla natura delle cose, e di una disposizione arbitraria del legislatore, l'errore, la confusione accaduta nella discussione al consiglio di Stato, e che han relazione nella modifica della compilazione, non possono nulladimeno cangiare il vero senso, il senso primitivo della legge.

Daltronde non si comprenderà giammai che una dimanda per la validità di sequestro presso terzo formata in virtù di una decisione che rivoca una sentenza, che una dimanda di nullità di pignoramento di mobili, la quale ha la stessa base, debba o possa soltanto esser portatata dinanzi la corte. Son questi de' nuovi giudizi indipendenti dal primo, che debbono, come questo, intentarsi, proseguirsi e decidersi secondo le regole loro proprie, se ve ne sono, o secondo le regole generali del codice di procedura.

In tal modo la conoscenza della esecuzione, di cui parla l' art. 472, non è, e non può esser la conoscenza de'giudizi impegnati per intraprendere e menar a fine la esecuzione forzata della sentenza o della decisione.

Di che trattasi dunque?

Parlasi di quella esecuzione la quale appartiene a' giudici e non alla parte, di quella esecuzione che non è il mezzo per ottenere condanne di pagamento, ma che è unicamente destinata a completare, a perfezionare, a spiegare, ad interpetrare la sentenza.

Così, una decisione rivocò una sentenza, obbligando la parte appellante a prestare un giuramento. Si è dinanzi all' autorità, la quale pronunziò la decisione, che deve prestarsi il giuramento; essa dovrà riceverlo, decidere se sia stato prestato ne'termini richiesti; se, in una parola, furono adempite le condizioni da essa imposte affinchè la sua decisione fosse completa e potesse produrre l' effetto. Se il giuramento venne ordinato dalla sentenza, e questa fosse rivocata, la conoscenza di tutte queste cose apparterrebbe al tribunale, autore della sentenza.

Ecco la vera applicazione dell' art. 472.

Ma ciò non vuol dire che, allorquando sarà prestato il giuramento, e che tratterassi di far pagare il debito in forza di condanne alle quali pone il suggello questo giuramento prestato, le difficoltà che potranno sorgere, sia sul sequestro presso terzo, sia pel pignoramento de'mobili, non che pel pignoramento de'frutti attaccati al suolo ec. ec., fatti per questo scopo, rientrino nella competenza de' tribunali da noi ora indicati. Che no, le regole ordinarie riprenderanno il loro impero.

Dello stesso modo, se una decisione che rivoca una sentenza condannò a' danni ed interessi da pagarsi secondo lo stato attuale, apparterrà alla corte di stabilire tali danni ed interessi, poichè fino a quando non sono determinati, la decisione non è completa, il giudice non ha adempito al suo incarico. Ma i mezzi di esecuzione per ottenere il pagamento de' danni ed interessi fissati, saranno diretti da' giudici della materia o della situazione de' luoghi.

Similmente ancora, se impugnansi gli atti esecuzione propriamente detti, sotto pretesto che la decisione che rivoca la sentenza e sulla quale si poggiano, non è un titolo sufficiente per autorizzarli, che, per esempio, non abbia pronunziata la condanna di cui se ne reclama il pagamento, l'interpetrazione delle clausole ambigue della decisione apparterrà alla corte che l' ha pronunziata. È questa similmente una esecuzione del ministero del giudice che, senza dubbio, è renduta incidentemente necessaria dall'esecuzione forzata della parte, ma che è nulladimeno qualche cosa totalmente distinta.

In una parola, si è voluto sottrarre al giudice, la cui sentenza è rivocata, la conoscenza delle difficoltà che mirano ancora al merito della causa, alla sostanza del giudizio, poichè si avrebbe potuto supporre in lui deferenza o piuttosto prevenzione, per esempio, nello stabilire i danni che avea egli stesso dichiarato di non esser dovuti, nella interpetrazione di una decisione dalla quale egli ha veduto rivocare la sua propria sentenza.

Ma quando trattasi di una difficoltà di procedura o di altro, suscitata nel giudizio di esecuzione forzata della decisione, giudizio in cui il merito, il senso e quanto si è stabilito da questa stessa decisione non sono per nulla in quistione; giudizio che sarà sempre lo stesso qualunque sia il titolo esecutivo che ne dà causa, la prevenzione non è a temersi, non avendo la nuova quistione da decidersi alcun rapporto con quella sulla quale erasi emessa la sentenza rivocata.

Epperò, l' art. 472 non ha voluto parlare della esecuzione forzata delle condanne diffinitive, ma solamente di esecuzione in seguito di giudizio; di quella esecuzione la quale appartiene necessariamente al Tribunale che decise la causa, perciocchè essa n'è una parte integrante, ed il compimento indispensabile. In modo che la disposizione dell' art. 472 non è che una nuova applicazione del principio in virtù del quale i giudici di pace, i tribunali di commercio, e generalmente i tribunali di eccezione conoscono di tal genere di esecuzione inquanto che risguarda le loro sentenze, quantunque la conoscenza della esecuzione forzata fosse loro inibita.

Dobbiam convenire che la giurisprudenza qualche volta è caduta nella stessa confusione che abbiamo ora rimproverate a' membri del Consiglio di Stato.

Essa decise che :

1. Spetta alla corte che rivoca la sentenza il conoscere ;

1. Della validità di un sequestro fatto sul pagamento delle spese aggiudicate dalla decisione anche relativamente al garante; Cassaz. 16 agosto 1809 (*Gior. de' pot.*, *tom.* 22, *pag.* 46) e Besançon, 6 marzo 1826.

Siffatta decisione è evidentemente contraria alla nostra teoria ; poichè tratterebbesi quì di una esecuzione forzata per pagamento di debiti in forza di condanne.

2. Della domanda di proroga del termine per far un inventario la cui compilazione fu ordinata colla decisione che rivocava la sentenza ; Augers, 30 agosto 1809 (*Gior. de' pot.*, *tom.* 22, *pag.* 47) : per prender una qualità, per accettare o rinunziare alla comunione : cass., 29 gennaio 1818 (*Gior. de' pot.*, *t.* 21, *pag.* 316).

3. Della dimanda di ritirarsi una somma depositata, allorchè la decisione avea ordinato di realizzare le offerte : cass., 24 aprile 1812 (*Gior. de' pot.*, *tom.* 16, *pag.* 99).

Siffatte decisioni son ben pronunziate, trattandosi di una esecuzione da farsi dal giudice.

4. Di querela alla quale possono dar luogo gl' impedimenti che si frappongono dalla parte condannata alla esecuzione della decisione, e su i danni ed interessi reclamati per tale motivo : Amiens, 16 marzo 1825 (*Gior. di questa corte*, 1826, *pag.* 145).

La decisione comprruova che trattavasi d'interpetrare una delle sue disposizioni.

5. Della compensazione che oppone la parte condannata alla esecuzione diretta contro di essa ; Brusselles, 27 gennaio 1827 (*Gior. di questa corte*, *tom.* 1, *del* 1827, *pag.* 300) e Metz, 13 feb. 1818 (*Gior. de' pot.*, *tom.* 22, *pag.* 112.)

Noi non approviamo queste decisioni. La pretesa compensazione, in virtù della quale una parte si opponeva all'esecuzione, era una quistione tutta diversa da quella risoluta dalla decisione che rivocava la sentenza, e la cui soluzione in niun modo mirava a completarla. Senza dubbio, in forza della disposizione eccezionale dell' art. 464 + 528, la compensazione è una di quelle dimande che la parte poteva opporre, per la prima volta, in appello; ma terminato una volta il giudizio in appello colla decisione, la compensazione dovea esser decisa come ogni dimanda ordinaria.

6. Della validità delle offerte fatte in esecuzione della decisione ; Nimes, 31 gennaio 1828 (*Gior. de' pot.*, *tom.* 39, *pag.* 100).

Trattavasi di conoscere se l' atto di offerta era soddisfacente oppur no, se era oppur no ne' termini della decisione. Il modo come giudicò la corte di Nimes, è dunque uniforme ai nostri principi. Sarebbe stato diversamente se la validità delle offerte fosse stata impugnata per vizio di procedura.

7. Degli ostacoli frapposti alla celebrazione

di un matrimonio, dopo che la decisione rigettò l'opposizione prodotta; Lione, 13 febbraio 1828 (*Gior. de' P. tom.* 56, *pag.* 39).

II. Ma la Corte che rivoca una sentenza non può conoscere

1. Delle difficoltà che elevansi tra il cedente ed il cessionario sulla procedura di un'azione sulla quale si emanò una decisione che pronunziava la cessione; Brusselles, 2 aprile 1814 (*Gior. di questa Corte*, *tom.* 1 *del* 1814, *pag.* 115).

2. Della dimanda tendente a far cancellare una iscrizione ipotecaria dalla decisione ordinata; Parigi, 25 maggio 1817 (*Gior. de' P. tom.* 22, *pag* 108).

Queste sono nuove dimande separate dalla dimanda principale, che traggon la loro origine, dalla decisione che rivoca la sentenza, ma che non costituiscono la esecuzione ne' sensi che noi diamo a questa parola.

3. Della dimandà di restituzione di frutti prodotti da un immobile di cui la decisione accordò la revindica; Brusselles, 28 febbraio 1828 (*Gior. di questa Corte, tom.* 1 *del* 1828, *pag.* 188). Vi ha in questo caso, attribuzione parziale in forza degli art. 526 e 528 + 609 e 611 del codice di procedura civile (*Ved. la quist.* 1699 *bis.*)

5. La dimanda di restituzione delle somme pagate in esecuzione di una decisione, ma sotto una data condizione che non fu adempita: Colmar, 4 dicembre 1830 (*Gior. di Colmar, tom.* 26, *pag.* 333).

Quest' ultima decisione non è uniforme alla nostra opinione, poichè trattavasi di valutare se la condizione imposta dalla decisione erasi o pur no adempita: il che costituiva una specie d'interpetrazione di cui la Corte sola poteva conoscere. Veggasi il compimento di questa giurisprudenza sotto la quistione 2009 bis, e le nostre quistioni 1695 e seguenti.]

[1698 ter. *Se la sentenza vien rivocata per difetto di forma, e che nel merito la decisione pronunzia secondo le stesse disposizioni della sentenza, a chi apparterrà la esecuzione?*

Essa apparterrà sempre alla Corte; poichè la seconda disposizione dell' art. 472 non fa alcuna distinzione fra le diverse specie di rivocazione; epperò essa applicasi anche nel caso in cui la rivocazione risulta da una semplice mancanza di rito. Il che appunto stabilì la Corte di cassazione, con una decisione del 28 gennaio 1818 (*Sirey, t* 19, *p.* 33, *e Gior. de' P. tom,* 21, *pag.* 316) approvata da Merlin, nelle quistioni di dritto, alla parola appello, §. XIV, art. 1, n. 14, e da Talandier, pag. 372].

[1698 quater. *Una Corte la quale, sull'appello da una sentenza diffinitiva, ordina una sentenza interlocutoria, deve forse ritenere o rinviare la esecuzione di questa interlocutoria?*

Evidentemente debb' essa ritenerla, sia che la dimanda di questa interlocutoria non fu prodotta in prima istanza, come insegna Thomines Desmazures, tom. 1, pag. 716, sia che venne presentata senza successo, quantunque questo scrittore tratti differentemente i due casi.

In fatti, l' art. 472 non è applicabile in questo caso, e non son queste le disposizioni che debbon regolare la materia. Questo articolo fu fatto pel caso in cui la sentenza di prima istanza fosse stata confermata o rivocata; or, nella specie in disamina, non vi ha conferma nè rivocazione, poichè rimane incerto, se il tribunale abbia bene o malamente deciso, fino alla decisione diffinitiva della Corte; cass. 4 gennaio 1820 (*Gior. de' P. tom.* 15, *p.* 151.)

Adunque si è in conseguenza di altri principî, di quelli che accordono ad ogni giudice la direzione de' mezzi di istruzione che egli prescrive per illuminarsi, che la corte, nella specie in esame, deve far procedere, dinanzi ad essa, o di sua autorità, all' interlocutoria che essa giudicò necessaria. Puossi aggiungere benanche che, rinviando l'istruzione e la sentenza diffinitiva che ne dee esser la conseguenza, sia al tribunale che pronunziò la sentenza di cui è appello, sia ad un altro, essa farà subire alla causa un secondo grado di giurisdizione, pel quale questi tribunali non sono affatto competenti.

Così giudicò la Corte di cassazione il 29 novembre 1808 (*Sirey, t.* 10, *p.* 116, *e G. de' P.* 3 *ediz. tom.* 7, *pag.* 226) ed il 17 gennaio 1826 (*Gior. de' P. tom.* 31, *pag.* 103, 3 *specie*).

La prima di queste decisioni fu renduta in una specie regolata dagli antichi principî, e Merlin, *quist.* di dritto, alla parola *Appello* § XIV, art. 1, n. 5, dice che non potrebbesi più giudicare oggigiorno nello stesso modo, non prescrivendo alcun obbligo l'art. 472

del codice di procedura civile, ma autorizzando solamente i giudici di appello a pronunziare in merito, anche quando rivocando una sentenza diffinitiva di prima istanza, vi rattrovino la materia disposta. All'opposto noi crediamo che sieno essi obbligati di ritenere la esecuzione in tutt' i casi nei quali agire diversamente sarebbe lo stesso che creare un nuovo grado di giurisdizione, e che l'art. 473 † 537 non può giammai applicarsi a delle specie che furono interamente e diffinitivamente esaurite in prima istanza. In fatti, puossi avocare una causa, allorchè non avvi alcuna pendenza di lite dinanzi i primi giudici? La Corte di cassazione rispose negativamente con sue decisioni de' 26 aprile e 15 dicembre 1825 (*G. de' P. tom.* 31, *pag.* 101, 1. e 2. *specie.*) Laonde l'art. 473 non è di ostacolo alla nostra decisione.

Altrimenti avverrebbe, se una Corte rivocasse una sentenza da lei pronunziata su di un mezzo d' inammissibilità; in tal caso essa può certamente, se non crede dover usare della facoltà di avocare a se la causa, rinviare la conoscenza del merito dinanzi ad un altro tribunale, poichè ivi non dovrà subire che il primo grado di giurisdizione, non avendo ancora formato l'oggetto di alcuna decisione giudiziaria. Si è questa la vera applicazione della seconda disposizione dell' art. 472, cas. 22 gennaio 1828 (*Gior. de' P.*, *tom.* 35., *pag.* 97.).

Ma noi non sappiamo approvare ciò che praticò la Corte di Rennes, colla sua decisione dei 12 novembre 1816 (*G de' P.*, *tom.* 2, *pag.* 472), rinviando al tribunale di prima istanza una verificazione di scritture renduta necessaria, per essersi rivocata la sentenza che pronunziò sul merito.

I principj esposti in fronte della nostra quistione dimostrano quanto sia stata mal pronunziata questa decisione.]

[1699 bis. *Quali sono i casi in cui la legge attribuisce la giurisdizione?*

Sotto la quistione 1628 *bis* facemmo osservare che non vi ha dimanda o giudizio che non vada soggetto ad una giurisdizione, sia colle regole generali del codice di procedura, sia per qualunque disposizione particolare. La nostra quistione non può dunque aver di mira che a quest'ultimo genere di attribuzione, cioè a quello che deriva da disposizioni particolari.

Trovansi più o meno completamente enumerati questi casi in Pigeau, Proced. civile, lib. 2, parte 1, tit. 1, cap. 1, sez. 3, art. XIII, n. 2, nel fine: in Thomines Desmazures, tom. 1, pag. 715; in Boitard, tom. 3, pag. 153, ed in Talandier, pag. 473.

Indipendentemente dalle dimande per nullità d' imprigionamento regolate dall' art. 794 † 677 del cod. di proc. civile, e di espropriazioni forzate (*art.* 2210 † 2111 *del codice*) si possono citare quelle per una divisione (*ved. art.* 822 † 741 *del codice civile*) quelle per validità di sequestri (*ved. art.* 567 *e* 570, *cod. di proc. civ.*) quelle per rendiconto o per restituzione di frutti (*art.* 526 e 528 † 609 e 611 *codice di proced. civ.*) e le materie di graduazione. (*Ved. art.* 767 *del cod. di proc. civ.*)

La corte di Limoges, il 19 luglio 1810 (*Talandier, pag.* 414.) decise che, quantunque in tesi generale, la esecuzione delle decisioni che rivocano le sentenze appartenga alle corti da cui emanano, nulladimeno, in fatto di graduazione, l'art. 767 † 851 del codice di procedura indicando in una maniera positiva che spetta al giudice commessario incaricato di aprire il processo verbale a continuare la sua operazione dopo la decisione sull' appello dalle controversie sopraggiunte, ha stabilita la vera giurisdizione la quale rientra nella eccezione indicata dall' art. 472.

Noi approviamo questa decisione, ma non i suoi motivi; poichè non trattavasi di esecuzione in conseguenza di giudizio, e questo caso neanche rientrerebbe nella disposizione generale dell' art. 472, non vi era quindi bisogno della disposizione eccezionale dello stesso articolo per sottrarlo alla conoscenza della corte. (*Ved. la nostra quist.* 1628 *bis.*)

Le leggi relative a' fallimenti stabiliscono benanche la giurisdizione, per quanto li riguarda, al tribunale in cui domicilia il fallito. Laonde noi approviamo puranco una decisione del 24 aprile 1831 (*Devilleneuve* 1839, *p.* 265, *e G. de' P.* 57, *p.* 486), colla quale la corte di Amiens giudicò che allorquando in appello una sentenza che dichiara il fallimento, viene annullata per difetto di forma, la corte, se non avoca a se il merito, può rinviare la causa dinanzi un altro tribunale diverso da quello in cui fu aperto il fallimento.]

LIBRO IV.

TITOLO PRIMO

Della opposizione di terzo.

ART. 475 + 538.

[1709 bis. *È necessario sempre un interesse presente e reale per produrre opposizione di terzo, o basta che si abbia un interesse qualunque?*

L' affermativa, nel senso della prima parte della proposta quistione, risulta naturalmente da' principî da noi stabiliti nella quist. 1709. Non è già un' *interesse*, ma un *dritto* qualunque direttamente compromesso, ch' è indispensabile per legitimare il mezzo dell' opposizione di terzo.

In fatto, questo mezzo, avendo in mira di far ritrattare la sentenza, ne siegue che la opposizione di terzo non può, nè rientrare tra le misure di prevenzione a' termini dell' art. 1180 + 1133 del codice civile, il quale autorizza il creditore condizionale ad esercitare tutti gli atti tendenti *a conservare* il suo dritto, pria dell' adempimento della condizione, nè poggiarsi su di un semplice giudizio anticipato *di fatto*, fintantocchè esso risulta soltanto dall' essersi leso un interesse puramente materiale, salvo qualunque offesa al dritto.

Abbiam veduto, *Quistione* 1709, che un pregiudizio nocevole al terzo non potrebbe servir di base a siffatto mezzo straordinario; a maggior ragione, un pregiudizio *morale*, una offesa all' onore, non darebbe la facoltà ad un terzo di avvalersi di un tal mezzo, allorchè si credesse pregiudicato dalle considerazioni di una decisione o di una sentenza; poichè i motivi di una decisione giudiziaria non son altro che ragionamenti i quali nulla ordinano, nulla giudicano, e per conseguenza non dispongono nè dell' onore nè della fortuna de' cittadini, come decisero le corti di Rouen, ai 29 novembre 1808. (*G. de' pat. tom.* 14, *pag.* 743), di Colmar, il 6 novembre 1811 (*Gior. de pat. tom.* 21, *pag.* 551), e segnatamente quella di Aix, il dì 16 dicembre 1825 (*Gior. de' pat. tom.* 30, *pag.* 232). Ved. benanche la decisione Forbin Janson (*Gior. de' pat. tom.* 26, *pag.* 80.) È necessario, come l'insegna-

va Favard de Langlade, tom. 5, pag. 596. e Poncet, tom. 2, pag. 114 e seg., n. 403 e 413, che l'interesse il quale serve di molle al terzo opponente sia reale, legitimo; in altri termini, che l' ostacolo frapposto all' esercizio di uno de' suoi *dritti attivi*, autorizzi l' uso del ricorso straordinario a cui egli ha dritto contro quella sentenza per ottenerne la ritrattazione.

Epperò la Corte di cassazione ebbe ragione di rigettare, in solenne udienza, il 20 gennaio 1838 (*Gior. di pat., tom.* 55, *pag.* 599; *Devill.* 1838, *t.* 1, *p.* 5441) il ricorso della comune di Merval, da essa accolto la prima volta, ai 27 gennaio 1830 (*Gior. di pat., t.* 43 *pag.* 578, *Devill.* 1831, *t.* 1, *p.* 342), e di decidere che la comune non poteva essere ammessa a produrre opposizione contro una decisione che avea confermato una sentenza alla quale la comune avea prestato acquiescenza.]

[1710 bis. *Colui che concorse volontariamente alla esecuzione di una decisione, sotto tutte le proteste e riserve di dritto, è ammesso ad impugnarla per mezzo dell' opposizione di terzo?*

Secondo il nostro sistema (*vedi la quist.* 1702) la negativa non può ammettere il più leggiero dubbio.

Sotto qualunque aspetto guardasi l' opposizione di terzo, la soluzione dev' esser sempre la stessa.

La esecuzione volontaria venne considerata come un acquiescenza da una decisione della Corte di Parigi del 10 aprile 1810 (*G. de' pat. tom.* 21, *pag.* 541). Questa Corte rigettò similmente l' opposizione di terzo di una parte che avea *conosciuto* la causa e lasciato *eseguire*.]

[1710 ter. *Il compratore è sempre ammissibile a formare opposizione di terzo avverso una sentenza pronunziata contro il suo venditore, e che pregiudica a' suoi dritti?*

Siffatta quistione, così compilata, dev' essere decisa negativamente, ma presenta vari casi suscettibili della soluzione opposta, e che Pigeau, al Comm. tom. 2, pag. 61, giudiziosamente li distingue in tre.

Di fatti il compratore può esser divenuto tale, o *pria* della lite, ed in conseguenza, prima della sentenza, o *durante* la lite, ma pria della sentenza, ovvero finalmente *dopo* la *sentenza*.

1.° Se egli acquistò *pria* della controversia,

dice Pigeau, il venditore non avendo più dritto nel momento dell'azione, non rappresentava affatto il suo compratore, e questi può in conseguenza formare l'opposizione di terzo; Dec. della cass. 10 agosto 1807 (*G. dei P. tom.* 21, *pag.* 509), e Poitiers, 2 marzo 1832 (*Gior. de' P tom.* 42, *pag.* 539.)

» Ciò è vero quando l'azione che avea il reclamante contro il primo possessore, il venditore, fosse puramente reale, poichè questa azione, essendo cessata contro di lui col suo possesso, fu male a proposito intentata è giudicata contro di lui; avendo dovuto intentarsi piuttosto contro il compratore, possessore in quel tempo dell'azione. Ma sarebbe lo stesso se l'azione, mista, nel principio, contro il possessore, val a dire, personale e reale, si fosse dopo divisa per l'alienazione fatta da questo possessore; che siffatta azione rimase personale contro lui, addivenne reale contro il secondo possessore, come nell'azioni rescissorie, di ricompra ed altre derivanti da un contratto, le quali, personali e reali contro il compratore, primo possessore durante il suo possesso, dividonsi dal momento dell'alienazione, in modo che l'azione personale ben continua contro lui, anche dopo l'alienazione, ma l'azione reale, la quale cessò contro lui dal tempo della sua alienazione, passò contro il compratore, secondo possessore? Per esempio: un compratore avendo venduto un fondo, il venditore lo cita dopo in giudizio in caso di rivendita o rescissione, senza metter in causa il secondo compratore; costui può esser considerato come rappresentato dal primo compratore, ed essere ammesso a produrre opposizione di terzo?

» Fa d'uopo decidere affermativamente; poichè il primo compratore essendo tenuto, in caso di rescissione o di ricompra, soltanto per l'azione personale e non per quella reale, la quale si trasferì contro il secondo, la detta azione di rescissione o di ricompra, come reale, deve giudicarsi contro il secondo, non rappresentato dal primo. D'altronde, se il primo compratore ha interesse a respingere la rescissione o la ricompra, l'ha benanche il secondo; e come il primo potrebbe, per negligenza o collusione, portargli pregiudizio, è giusto che possa rimediarvi coll'opposizione di terzo.

« Però Sirey riferisce, tom. 2, p. 295, una decisione di Parigi, la quale ritenne il contrario; ma come la specie esaminata non fa conoscere se il secondo compratore avesse acquistato dopo l'azione (nel qual caso, come vedremo, bisognerà differentemente decidere), così non puossi cavar argomento da tal decisione, la quale sarebbe in opposizione ai principî, se il secondo compratore avesse acquistato pria dell'azione. »

Ciò è quanto benanche insegnano Proudhon, nel suo trattato de' dritti d'uso, di usufrutto ec. tom 2, pag. 325, num. 1353, e Thomines Desmazures, tom. 1, pag. 724. Pertanto Poncet, tom. 2, pag. 109 e seg. n. 401, sembra di contrario avviso. Senza voler stabilire regole assolute su quistioni sempre subordinate, egli dice, alle circostanze, nullameno avvisasi che in caso di evizione pronunziata in giudizio contro il secondo venditore, in favore del primo venditore, l'ultimo compratore è soggetto all'autorità della cosa giudicata.

Ma è necessario applicare nella specie esaminata da Poncet la distinzione da noi or citata, per conoscere l'errore nel quale è caduto il saggio professore. In fatti, trattandosi qui di una cessione di proprietà, vale a dire, di un' *azione reale*, il secondo venditore, irregolarmente attaccato, non ha potuto porre in periglio giudiziariamente un diritto che egli avea alienato pria di qualunque procedura; dunque non ha rappresentato il secondo compratore; dunque costui è ammissibile a formar opposizion di terzo, e con tanta maggior ragione, in quanto che la supposizione di collusione che Poncet vuol ricavare contro lui dalla sua inazione, è ben altrimenti imputabile al primitivo venditore, poichè invece di esercitare il suo dritto di revindicazione contro il possessore dell'oggetto reclamato, o di citarlo almeno per sentir dichiarata comune la sentenza, siccome prescrivono le regole di diritto e della prudenza, preferì intentare un' azione contro il suo compratore, senza informarsi se era ancora o pur no possessore. Del resto, ed anche ravvisando questo fatto negativo per parte del primo venditore come scevro da ogni spirito di frode, diciamo che la negligenza volontaria che cagiona non è a sufficienza punita, soggettando colui che l'ha commessa alle vicende di una seconda discussione, per parte del secondo compratore in certo modo più interessato del primo a respingere l'azione di evizione.

II. Ma se il compratore, prosegue Pigeau, acquistò durante il giudizio e pria della sentenza pronunziata posteriormente contro il suo venditore, egli non può produrre opposizione di terzo, perciocchè, rispetto all' attore, vien rappresentato dal suo venditore.

La ragione per decidere in tal guisa, quantunque meno apparente come nel primo caso, non è meno perentoria. In fatto, 1. sebbene la sentenza non sia stata pronunziata, il giudizio una volta impegnato tra le parti, il contratto giudiziario comincia ad avere esecuzione,ed il fondo in controversia trovandosi di già validamente gravato dalla servitù del litigio, nel momento in cui passa nelle mani di nuovo possessore, non può essergli trasmesso che con questo peso. 2. La presunzione di dolo, che colpisce l'atto di vendita eseguito in tali circostanze, impedisce che l' azione contro la quale in seguito il venditore si è difeso, sia esclusivamente personale; ma essa rimane ancora reale contro lui, quantunque più non possegga, in virtù del principio conservato dalla legge romana: *is qui ante litem contestatam dolo desit rem possidere, tenetur in non actione* (ff. L. 27, tit. 1 § 3, lib. VI, e IV).

Donde fa d' uopo conchiudere, con Proudhon, di cui puossi leggere su questo punto la saggia dissertazione, nel citato luogo n. 1338 e seg., che allorquando l'azione fu regolarmente impegnata col primitivo possessore, e che il giudice pronunzia la risoluzione del suo dritto proclamando la nullità del modo come possiede, colui che gli succede, per aver acquistato il fondo nell'intervallo, dev'esser costretto a soffrire l' eccezione della cosa giudicata contro il suo cedente, nella stessa maniera che costui è costretto a soffrire egli stesso, seguendo ancora questa regola, *quod ipsis, qui contraxerunt, obstat, et successoribus eorum obstabit* (*L.* 143 de reg. jur.)

Ed il compratore non sarebbe ammissibile ad opporre al terzo il quale litigava contro il venditore per rivendicare l' oggetto ceduto, la circostanza che egli avrebbe dovuto chiamarlo in causa; perciocchè questo terzo poteva non conoscerlo, e che, d'altronde anche conosciutolo, la natura stessa del contratto giudiziario passato tra lui ed il venditore, lo dispensava di proseguire la sua azione contro tutt' altra persona che quest' ultimo.

Il compratore deve imputare alla sua negligenza il danno cagionatogli; infatti, era libero d' intervenire per sostenere i suoi dritti, e se obliò di farlo, in conseguenza della mala fede del venditore che gli lasciò ignorare la lite, può ancora domandare ed ottenere contro di lui i danni ed interessi.

Questi principî, che taluni scrittori, e segnatamente Favard de Langlade, tom.5, pag. 602, considerano come dissapprovati dalla corte di cassazione, tuttavia non sono per nulla incompatibili colle decisioni che citano in appoggio della loro opinione; noi crediamo all'opposto, che interpetrate nel loro insieme, possono prestar loro novella forza.

E primamente, è inoppugnabile che quando l' acquisto ha avuto luogo pria dell' introduzione del giudizio di revindicazione il quale, posteriormente, fu diretto contro il venditore, il compratore è nel diritto di formare l' opposizion di terzo; questo dritto egli lo ritrae dall'alienazione completa che il venditore gli fa del suo, alienazione che lo rendea consegnentemente incapace di compromettere in avvenire in giudizio su quanto diggià più non possedeva; alienazione la quale impediva che il difetto della lite in virtù della quale potrebbesi solamente allontanare il compratore, non fusse trasmesso a costui, poichè non ancora n' era affetto il fondo quando lo ricevè.

Or, tutto l'opposto esisteva nell' ipotesi da noi or ora disaminata. È vero che la sentenza non era ancora pronunziata, ma non pertanto il giudizio erasi regolarmente introdotto; eravi, in riguardo alle parti, come dice il dritto romano, *judicium acceptum*, vale a dire il dritto acquistato di procedere rispettivamente l' una contro l'altra, affinchè il giudice avesse deciso sulle differenti pretensioni: eravi un contratto giudiziario.

E forse il codice di procedura considera un'alienazione come un cambiamento di stato di natura tale da aver bisogno di una riassunzione d' istanza?

Appunto per aver sconosciuto le distinzioni, così abilmente dedotte da Proudhon, Favard de Langlade e Carrè, attribuirono alla corte di cassazione una teoria ch'essa non ha, in merito, giammai consacrata. A noi sarà facile stabilirlo.

Delle varie decisioni di questa corte che si son pronunziate sull' attuale quistione, datate nel dì 8 maggio 1810, 2 maggio 1811, 14 giu-

gno 1815, 21 febbreio 1816, 19 agosto 1818 (*Gior. de' pat. tom.* 21, *pag.* 501, *e* 547; *Devill. Collez, nuova.*, 3, 1, 338, 5, 1, 65, 156 *e* 524), ed 11 marzo 1834 (*Gior. de'pat. tom.* 46, *pag.* 308; *Devill.* 1834, 1, 345), la più perentoria, senz'alcun dubbio, in favore dell' opinione da noi rigettata, è quella del 19 agosto 1818. In fatti, nella specie che essa decide, la corte giudicò, che non fu sufficientemente rappresentato il compratore, non ostante la doppia circostanza, che la citazione per la conciliazione avea avuto luogo pria della vendita, e che il giudizio erasi introdotto pria della trascrizione.

Leggansi attentamente le considerazioni di tal decisione, e si scorgerà esser le più esplicite; si rimarrà convinto di non esser applicabili che alla prima delle due distinzioni da noi indicate. In fatti, sta detto « che non puossi pretendere che un venditore rappresenti il compratore relativamente a' dritti immobiliari che egli ha alienato (posteriormente). poichè *questi dritti più non gli appartengono*, e che essendosene irrevocabilmente spogliato *non può nè trattarne, nè disporne, nè comprometterli* in alcun modo, a danno del compratore, il quale è addivenuto il solo padrone e proprietario, e contro di cui debbon conseguentemente esercitarsi tutte le azioni di revindicazione e di rilascio. »

Or, è facile scorgere che la corte di cassazione è partita dal principio che all'epoca dell' acquisto, il venditore avea rivestito il compratore della pienezza del suo dritto. La corte quindi considerava la citazione per la conciliazione, notificata dal terzo che revindicava, come insufficiente per stabilire tra costui ed il compratore un contratto giudiziario, di natura tale da diminuir menomamente siffatta pienezza di dritto. Adunque ella era passata intatta all'ultimo compratore, e da quel tempo, avea inevitabilmente il dritto di respingere l'autorità della cosa giudicata contro il suo autore, il quale era straniero per lui nella sentenza a cui volevasi assoggettarlo. Relativamente alla circostanza della trascrizione, la corte la decise anche a favore del compratore; essendo l'attrice, essa osserva, divenuta proprietaria dell'immobile dal momento della vendita autentica.

Laonde la corte, in siffatta specie, giudicò che niuna delle due precitate circostanze era sufficiente per potersi ammettere che il venditore avea compromesso i suoi dritti pria di rivestirne il compratore: che cosa di più naturale allora dichiarare quest' ultimo ammissibile ad allontanare l'autorità della cosa giudicata?

Siffatta decisione dunque non risolve la proposta difficoltà; ma altro non istabilisce se non ciò che riguarda la regola generale; ma vi sono in apparenza de' principi speciosi che regolano la eccezione in disamina.

Del resto, quello che prova la verità del nostro sistema, si è che trovasi chiaramente consacrato in una decisione della stessa corte, del 21 febbraio 1816. È facile convincersene, leggendo i motivi della detta decisione, quantunque avesse essa stessa ritenuto, il 2 maggio 1811, confermando una decisione della corte di Caen, che il compratore era sufficientemente rappresentato dal suo venditore allorchè l'acquisto dell'immobile, oggetto del litigio, avea avuto luogo pria della sentenza che regolava diffinitivamente le opposte pretensioni delle parti.

È benanche ne' medesimi sensi della decisione del 1816, erasi pronunziata la corte di Parigi, il 29 prat. an. X (*Gior. de'pat. tom.* 21, *pag.* 502), come pure giudicò posteriormente, il 30 giugno 1818 (*Gior. de'pat. t.* 21, *p.* 507), la corte di Grenoble, in una specie in cui precisamente trattavasi, come in quella della citata decisione del 19 agosto 1818, di un'azione per risoluzione di vendita per mancanza di pagamento del prezzo.

Thomines Desmazures, tom. 2, pag. 125, senza dissimulare gl'inconvenienti del sistema di Favard di Langlade, ne combatte francamente la difficoltà « Quantunque il compratore possessore pria della sentenza, dice questo scrittore, avesse conosciuto la lite esistente, e non avesse curato intervenirvi, ciò non sarebbe sempre un motivo sufficiente per escluderlo dal dritto di formare l'opposizione di terzo; ma altrimenti avverrebbe, se chiaramente costasse di aver acconsentito ad esser rappresentato dal suo venditore nella mira di sperimentare in qualche modo il giudizio, e di porsi nell' alternativa di profittare della sentenza, se gli fosse favorevole, e d' impugnarla coll' opposizion di terzo, essendogli contraria.

Queste mezzo termine, il quale tende ad eludere i principi di dritto per sostituirvi una quistione di fatto lasciata all' arbitrio del giudice, molto meno ci soddisfa, poichè lascia intiera la difficoltà. In fatti, la quistione non

sta nella conoscenza che il compratore può avere del giudizio di revindicazione o di risoluzione della vendita risguardante l'oggetto primitivamente acquistato dal suo venditore stesso, ma essa consiste nel conoscere se il dritto che gli fu trasmesso non era viziato nel suo principio, in altri termini, come diggià abbiam detto, se il fondo che ricevette dal venditore non era già gravato della servitù della lite, al momento in cui venne fatto l'acquisto. Or questo punto, una volta concesso, come nella specie, non può esservi più dubbio sulla soluzione negativa della quistione. Il venditore non ha potuto trasmettere al suo cessionario dritti maggiori di quelli che egli stesso possedeva. Relativamente ad un difetto che colpisce l'oggetto venduto è lo stesso, in tal circostanza, come sarebbe di una affezione ipotecaria, che non può esser validamente consentita dal venditore dopo la vendita; come sarebbe di una seconda vendita, che non può esser efficacemente fatta a vantaggio di un altro, perciocchè dopo di essersi compromesso, giudiziariamente, il dritto che si ha su di una cosa, non può più riprendersi per cederla ad una seconda persona.

Fa d'uopo adunque aver per certo con Pigeau e Proudhon, e colla medesima Corte di cassazione, che se il compratore acquistò *durante* la lite, quantunque pria della sentenza pronunziata contro il suo autore, non può formar opposizion di terzo a tal sentenza.

III. La stessa esclusione avrebbe luogo contro lui, e con maggior ragione, se avesse acquistato *dopo* la sentenza: siffatta sentenza avendo deciso che il compratore non avea alcun dritto, il compratore che lo rappresenta non potrebbe impugnarla coll'opposizione di terzo, ma solamente per i mezzi che avrebbe il suo autore (tali sono l'appello ec.), e che gli ha trasmessi. (*Ved. appresso la nostra quist.* 1719 *bis.*)

Fu pure deciso che il compratore, anche *dopo la sentenza*, sarebbe ammissibile ad opporsi di terzo, se avesse per ragioni il dolo o la frode, sul motivo che in tale circostanza potrebbe sostenere di esser stato rappresentato dal venditore; Ronen, 15 termod. an. X, e Cass. 10 agosto 1807 (*Giorn. de' P. tom.* 21, *pag.* 509 *e* 514; *Devill. Collez. nuov. t.* 2, *p* 88). Ved. la quist. 1711.

Può accadere (indipendentemente dall'epoca nella quale ebbe luogo la vendita), che la qualità stessa del venditore primitivo sia di ostacolo a'posteriori venditori per formar opposizion di terzo, in virtù del principio diggià invocato, che ninno può conferir ad un altro un dritto che egli stesso non possiede, il che appunto fu giudicato dalla Corte di Limoges, il 10 febbraio 1816 (*G. de' P. tom.* 21, *pag.* 536) in una specie in cui il primo venditore avea alienato taluni immobili dipendenti da una successione, ch'egli trovavasi chiamato a raccogliere unitamente con sua sorella, e la cui divisione si effettuì posteriormente alle rivendite successive di questi stessi immobili.

Nulladimeno facciamo osservare che il principal motivo sul quale poggiasi questa decisione si è che il compratore terzo opponente dovea a se imputare il torto di non esser intervenuto nell'atto di divisione per discutervi i suoi dritti, intervento al quale i coeredi non erano in verun modo tenuti di supplire, chiamandolo di proprio moto.

Così fu benanche deciso, sempre in riguardo alla qualità di venditore, quantunque sotto altro punto di vista, che colui il quale comprò da un erede apparente i beni di una successione, non è ammissibile a formar opposizione di terzo alla sentenza che riconosceva vero lo stato di erede; Parigi 18 vent. anno II (*Gior. de' Pal. tom.* 21, *pag.* 515), e in una specie assai bizzarra, che quando, in un giudizio intentato contro un venditore di un immobile litigioso, l'atto trovasi intaccato di frode, il compratore del fondo, che fu l'avvocato ed il consigliere del venditore, può esser dichiarato di esser stato parte nella causa, e, come tale, non ammissibile a produrre opposizion di terzo alla sentenza renduta tra il venditore ed una terza persona; Cass. 16 febbraio 1820 (*Gior. de' Pal. t.* 38, *pag.* 298).

Relativamente a'cedenti e cessionari, la giurisprudenza ha applicato quegli stessi principî che sono relativi a'venditori ed a'compratori; avviso del Consiglio di Stato del 18 agosto 1807, Colmar, 11 maggio 1811, cass. 16 luglio 1816 (*Giorn. de' Pal. t.* 21, *p.*520.)]

[1712 bis. ***È ammissibile la opposizione di terzo contro una sentenza o una decisione di adozione?***

Pigeau, Comm. tom. 2, pag. 57, adotta l'affermativa, avuto riguardo a talune distinzioni che non ci sembrano uniformi a'principî.

L'adozione è un atto di giurisdizione spon-

tanea che può esser impugnata da qualunque parte interessata, allorchè le formalità prescritte dalla legge non furon osservate, o che pretendesi esservi stata frode, dolo, inganno ec. Ma siffatta dimanda di nullità dèe formar l'oggetto di un azion principale.

Tale teoria venne consacrata da due decisioni; la prima della Corte di cassazione, del 22 novembre 1825; la seconda, della Corte di Nancy, del 13 giugno 1826. (*Gior. de' P. tom.* 31, *pag.* 267.)]

[1712 ter. *Si può produrre gravame collo opposizione di terzo, nell'interesse de' minori, contro le sentenze nelle quali furon rappresentati dal loro tutore?*

No, diciamo noi con Poncet, tom. 2, p. 106, n. 399, in virtù sempre del principio che una persona non può impugnar la sentenza nella quale, colui che la rappresenta fosse stata parte, come un tutore, un mandatario: questi rappresentanti agirono per essa o in suo nome, come se essa medesima fosse stata parte.

Così giudicò la Corte di cassazione, il 23 brumaio anno V (*Gior. de' P. tom.* 21, *pag.* 192, *Devill. Collez. nuova*, *t.* 1, *p.* 63), e la Corte di Rennes, li 27 luglio 1814 (*Gior. de' P. tom.* 21, *pag.* 570), la quale decise nello stesso senso che un minore emancipato non può formar opposizion di terzo ad una decisione allorchè fu rappresentato dal suo tutore surrogato.

Ma Favard de Langlade, tom. 5, p. 598, opina che diversamente avverrebbe se il tutore avesse ecceduto i suoi poteri; per esempio, se avesse introdotto senza autorizzazione del consiglio di famiglia un'azione relativa a'dritti immobiliari del minore; o pure, se in un giudizio avesse interessi opposti a quelli del pupillo; la Corte di Parigi giudicò, il 19 aprile 1839 (*Gior. de' P. tom.* 57, *pag.* 495), che l'opposizione di terzo sarebbe ammissibile.]

[1712 quater. *Il consiglio di famiglia può forse formar opposizion di terzo ad una sentenza nella quale il tutore fo parte?*

Una decisione della Corte di Colmar del dì 11 aprile 1822 (*Gior. de' P., tom.* 24, *pag.* 386) giudicò l'affermativa, ma secondo noi l'opinion contraria è preferibile, primamente perchè questa sentenza sembraci, per principio, suscettibile della opposizion di terzo (*ved. sopra, le nostre osservazioni sulla quist.* 1708); in secondo luogo, perchè la decisione istessa riteneva, siccome stabilisce l'art. 889 + 966 del codice di procedura civile, che le sentenze pronunziate dietro la deliberazione del consiglio di famiglia sono soggette all'appello, ed allora siffatto mezzo di gravame dev' esser seguito a preferenza di quello che trovasi concesso alle parti in mancanza de' mezzi ordinari. (*Ved. benanche, le ragioni preliminari che precedono il titolo dell' appello.*)

Poco importava, nella specie di tal decisione, che la sentenza avesse modificata la deliberazione del consiglio di famiglia; se queste modificazioni sembravano di natura tale da pregiudicare gl'interessi del minore, il consiglio poteva ricorrere al mezzo dell' appello per garentirle; ma non appena, come ritenevasi, il tutore avea, col fatto della sua presenza, data acquiescenza tacita a questi cambiamenti, il minore trovavasi inabilitato a rivenire contro una tale decisione, avendo a suo riguardo siffatta sentenza acquistata l' autorità della cosa giudicata, nè potendo più alcuno sostituirsi validamente all'esercizio di un dritto che avea perduto. Or, in quale qualità il consiglio di famiglia opponevasi di terzo, se non come rappresentante gl' interessi del minore che gli sembravano in periglio? La quistione sussidiaria di conoscere se il tutore avea potuto rappresentare il consiglio, stabiliva una quistione erronea; dappoichè il consiglio non era personalmente interessato alle modificazioni introdotte nella sua deliberazione dalla sentenza che l'omologava, e che la corte dovea esclusivamente vedere se colui in favore del quale pretendevasi produrre opposizione di terzo, come leso dalla sentenza di omologazione, era stato sufficientemente rappresentato dal tutore; il che non poteva andar soggetto a controversia.

Vorrebbesi forse pretendere che l' autorizzazione del consiglio di famiglia particolarmente ristretta all' omologazione delle diverse clausole contenute nella sua deliberazione era insufficiente, in riguardo alle aggiunzioni fatte dal tribunale, e che il tutore non avea potuto tacitamente acquietarvisi senza oltrepassare i limiti del suo mandato?

Noi rispondiamo che l' autorizzazione del consiglio di famiglia nella circostanza era indivisibile; in fatti, non saprebbesi comprendere, segnatamente quando trattasi di un at-

to puramente passivo, che il tutore sia riputato di aver rappresentato debitamente il minore per una parte della sentenza, e non così per l'altra, sul solo motivo che piaceva al consiglio di anticipatamente giudicare il contrario. D'altronde qual danno poteva avvenire al minore, restandogli sempre il mezzo dell'appello contro la sentenza di omologazione?]

[1715 bis. *I creditori chirografari hanno forse il dritto di impugnare coll' opposizion di terzo una sentenza passata in cosa giudicata, la quale ritiene la vendita volontaria di un immobile, arguita di nullità da' creditori ipotecari?*

Siffatta quistione fu giudicata per la negativa, con decisione della Corte di Parigi de'19 gennaio 1808 (*Gior. de' P. tom.* 21, *p.* 525), ma tal decisione allontanasi da veri principî.

Indubitatamente, il possessore dell' immobile non era tenuto di metter in causa i creditori chirografari; ma risulta forse da ciò che quest' ultimi sian ligati da una decisione alla quale essi sono stranieri? Niente affatto: or, la decisione istessa riconosceva che gli opponenti di terzo non eran stati, nella specie, rappresentati da creditori ipotecari; e ciò era sufficiente per legitimare i loro dritti di respingere l' applicazione della sentenza ottenuta.]

[1716 bis. *Ma le sentenze pronunziate contro sindaci irregolarmente nominati sono suscettibili dell'opposizion di terzo per parte di quelli regolari che li rimpiazzano?*

In altri termini, è lo stesso che dimandare se la irregolarità che intacca la nomina de' primi sindaci, produce l' effetto d' impedire ch' essi rappresentino la massa de' creditori; noi crediamo che fa d' uopo rispondere per la negativa, perciocchè, malgrado siffatta irregolarità, alla quale d' altronde gl'istessi creditori vi son concorsi, i sindaci, fino al loro rimpiazzamento, non ebbero meno il carattere di rappresentar la fallita, e che fino a quando non vengon accusati nè di mala fede nè di connivenza, circostanza che rientrerebbe nella regola eccezionale, la quale opponesi che un avente causa infedele o fraudolente sia riputato di averci rappresentato (*ved. sopra, la quist.* 1714, *ed oppresso la quist.* 1721 *bis*), le sentenze pronunziate in favore di coloro contro di cui eransi fatte delle dimande, nella loro qualità di sindaci della fallita, debbono considerarsi come rendute contro la stessa, ed in conseguenza, ligare i creditori all'autorità della cosa giudicata.

In tal modo giudicò la corte di cassazione, il 25 marzo 1823 (*Gior. de' pal. tom.* 25, *pag.* 1031.]

[1718 bis. *Il garante il quale non è stato citato in tempo della condanna principale in ultima istanza, può forse formar opposizion di terzo per difendersi utilmente dall'azione di garentia diretta contro di lui?*

È indubitato che, se la sentenza pronunziata in ultima istanza contro il garentito può ledere in via di regresso il garante, quest' ultimo sarebbe in dritto di formarvi opposizion di terzo, per difendersi utilmente dall' azione di garentia che potrebbe in seguito intentarsi contro di lui.

Ma noi non ammettiamo, con talune corti (*ved. i motivi esposti nella quist.* 1851 *quater*), che la sentenza la quale condanna il garentito stabilisca contro il garante alcuna specie di giudizio anticipato. Secondo noi, all'opposto, non può giammai pregiudicarlo; d' onde la conseguenza necessaria, che la mancanza di ogni interesse, vietandogli il mezzo dell'appello, con maggior ragione gli toglierà il dritto dell'opposizion di terzo. Adunque fa d' uopo attenersi alla negativa per tale quistione, in opposizione a quanto decise la corte di Metz, il 19 gennaio 1826 (*G. di questa corte, tom.* 5, *part.* 2, *pag.* 408).

Similmente ci avvisiamo che la corte di cassazione deviò da' veri principî, giudicando, il 18 novembre 1828 (*Sirey*, 28, 406), che il garante abbia il dritto di formar opposizion di terzo alle sentenze contro il garentito, se, in tempo di tali sentenze, il garentito dichiarò, *rimettersi alla giustizia del tribunale*, e ancorchè il garante istesso *sia stato citato* e non abbia presentato veruna conclusione. In fatti, se può dirsi che l' acquiescenza del garentito in niun modo liga il garante, e che a questo titolo costui è libero di rendersi terzo opponente; è sempre vero però che, anche astrazion fatta dal principio or ora stabilito, il garante è stato chiamato in causa, che egli ha preso parte al giudizio, e che sebbene niuno abbia conchiuso per lui, questo silenzio non impedisce che egli debb'esser soggetto all' autorità della cosa giudicata: e questa è la regola fondamentale della materia.

Diversamente avverrebbe se non si fosse

conchiuso contro il garante, o se si fosse pronunziata una inibitoria a suo riguardo, e che tale inibitoria non si fosse tolta colla decisione diffinitiva; allora, come giudicò la corte di cassazione, il 18 gennaio 1832 (*Gior. de' pat.*, *tom.* 43, *pag* 535), il garante avrebbe il dritto di formar l' opposizion di terzo alla decisione che l' avrebbe compreso nella sua condanna.]

[1719 bis. *Il donatario, in virtù di un atto anteriore all'interdizione del donante, può forse formar opposizion di terzo alla sentenza di interdizione, se la donazione è impugnata come fatta col consenso di una persona nello stato di demenza?*

No, la donazione essendo anteriore alla interdizione, non è viziata dalla sentenza che pronunzia la interdizione. Così giudicò la corte di Riom, il 9 gennaio 1808 (*Gior. de' pat. tom.* 21, *pag*. 525.)

Ma il donante, riavuto l' oggetto, in virtù della sentenza che ordinò la rivocazione per causa d' ingratitudine, può formar opposizione di terzo alla sentenza pronunziata contro il donatario pria della rivocazione?

Pigeau, tom. 1, pag. 774, insegna che se la sentenza vien pronunziata dopo la iscrizione dell' estratto della dimanda di rivocazione, uniformemente all' art. 258 del codice civile, il donante avrà il dritto di gravarsi; ma che se la sentenza è anteriormente pronunziata, egli non lo potrà, a' termini dello stesso articolo, secondo il quale egli è considerato, a fronte de' terzi, come successore del donatario, salvo il ricorso contro costui. (*Ved sopra, la quist.* 1710 *ter, ciò che abbiam detto di un compratore; ved. benanche sopra, la nostra sesta osservazione sulla quistione* 1709).]

[1720 bis. *Il sublocatore è forse ammesso a formar opposizion di terzo alla sentenza che annulla l'affitto del locator principale, e pronunzia in contraddizione di costui?*

La corte di Parigi, ritenendo la negativa su questa quistione il dì 11 novembre 1812, (*Gior. de' pat. tom* 21, *pag*. 361; *Devill. Collez. nuova*, 4, 2, 195), sembraci esser incorsa in un errore.

Senza dubbio, è molto evidente che il subbaffittatore non può aver maggior dritto del suo cedente; ma ciò risguarda il merito della causa, nel mentre che la corte di Parigi dovea primamente pronunziare sull'ammissibilità dell' opposizion di terzo. Or, l' affittator principale erasi spogliato di una porzione di dritto che gli dava il suo affitto. Era benanche necessario di far giudicare tanto contro il subbaffittatore, che contro di lui la nullità di questo affitto, poichè non avea alcun potere per rappresentare il suo cessionario, il quale non era l' avente causa dal suo affittatore, se non relativamente a ciò che avea preceduto il suo affitto. Qual danno non vi sarebbe per i subbaffittatori, se i loro dritti potessero esser compromessi da un cedente negligente o di mala fede?

Adunque noi crediamo che, in questo caso come in quelli della precedente quistione, e pei motivi da noi sviluppati, l' opposizion di terzo del subbaffittatore sia ammissibile. (*Ved. sopra, la nostra sesta osservazione sulla quistione* 1702).]

[1721 bis. *Gli emigrati sono ammissibili a formar opposizion di terzo alle sentenze nelle quali furon rappresentati dallo Stato durante la loro morte civile?*

La negativa risulta dal complesso di tutte le leggi sulla emigrazione, e segnatamente dall' art. 16 del senato consulto del 6 flor. anno X; ciò è quanto decise la corte di cassazione, il 14 giugno 1815 (*Gior. de' pat. tom*. 21, *pag*. 503, *e seguenti*), enumerando le leggi relative alla materia. (*Ved. benanche una decisione della stessa corte del* 5 *aprile* 1815; *Gior. de' pat. tom*. 25, *pag*.573; *Devill., nuova Collez*. 5, 1, 34.)

Nulladimeno, se tale è per principio la regola generale, la natura diversa de' dritti revindicati ha dovuto far consacrare più di una eccezione.

Così, per esempio, allorchè trattasi di una quistione di stato, comprendesi che la nazione sia senza qualità per rappresentare l'emigrato, poichè se essa ha potuto, come lo si faceva giudiziosamente osservare dinanzi la corte suprema (*ved. la decisione del* 19 *maggio* 1831) far passare i suoi beni da una mano ad un'altra, lo Stato è indivisibile; egli ha di mira la famiglia; e qualunque sia il potere di fatto che vogliasi attribuire alla nazione, non potrebbesi accordarle il dritto di fare o disfare la famiglia. Adunque l'emigrato sarebbe ammissibile in questo caso a formare l'opposizione di terzo, tanto prima che dopo la perdita

de' suoi dritti civili, durante la quale fosse pronunziata la sentenza impugnata.

Nello stesso modo si è giudicato in una causa in cui trattavasi di beni in risguardo a' quali lo Stato è sempre considerato come rappresentante validamente l'emigrato, che costui poteva impugnare per lo mezzo della opposizion di terzo la decision nella quale lo Stato fosse stato rappresentato da un amministratore diverso da quello che la legge avea particolarmente rivestito di questo dritto; Rennes, 26 febbraio 1816 (*G. de' pal.*, *t.* 15, *pag.* 45), e Besançon, 14 novembre 1826 (*Gior. di questa corte, anno* 1826, *pag.* 23). Ved. la nostra quistione 1716 bis.

Finalmente, anche quando l'emigrato fosse stato validamente rappresentato, relativamente alla qualità del funzionario delegato dallo Stato, competerebbegli sempre il mezzo della opposizione di terzo contro le sentenze o decisioni pronunziate dopo l'amnistia. Rientrato nella pienezza de' suoi dritti civili, egli non avea alcun bisogno che fossero stati esercitati da qualunque intermedia persona, e da quel momento la cosa illegitimamente giudicata contro quest'ultimo, non potrebbe essergli opposta; cassazione, 16 maggio 1815 (*Gior. de' pal. tom.* 22, *pag.* 49)]

Art. 476 + 540.

[1728 bis. *L'opponente di terzo deve forse citare tutte le parti nominate nella sentenza alla quale egli forma l'opposizione di terzo?*

Noi ci avvisiamo, uniformemente a' principi esposti nella quistione 1709, che tutte le parti debbon esser intimate, tanto nel caso in cui l'opposizion di terzo è incidente, quanto in quello ch'è principale. Il motivo risulta dal perchè questo mezzo di gravame non produce solamente l'effetto di sospendere o di prevenire la esecuzione della sentenza relativamente al terzo che la impugna, ma di farla rivocare in risguardo a tutte le parti interessate. (*Ved. la quistione* 1733). Adunque importa alle medesime di esser legalmente informate de' mezzi di opposizione che il terzo dirige contro la sentenza. Lo stesso decise il tribunale di Arbois, li 16 agosto 1808 (*Gior. de' pal. tom.* 21, *pag.* 536).]

Art. 478 + 542.

[1732 bis. *La prima disposizione dell' art. 478 può forse applicarsi alla sentenza che non è passata in cosa giudicata, allorchè è eseguibile provvisionalmente?*

Pigeau, comm. tom. 2, pag. 69, risolve affermativamente la presente quistione, poichè, egli dice, vi ha la stessa ragione di decidere come nel caso in cui la sentenza tiene l'autorità di cosa giudicata. Noi non adottiamo tale avviso.

Senza dubbio la verità de' motivi d'interpetrazione, che Pigeau invoca in sostegno della sua opinione, sembraci sufficientemente originare dal testo istesso dell'art. 478; ma ciò lo è indubitatamente perchè si è dovuto temere che il possessore di un fondo, condannato superiormente a rilasciarlo, e non avendo più per impugnar la sentenza alcun mezzo ordinario, nè conseguentemente alcun mezzo sospensivo, non cercasse, per via dell'opposizion di terzo simolata, metter ostacolo alla esecuzione della sentenza; ma Pigeau sembra perder di vista che siffatta disposizione del § 1. dell' articolo è eccezionale, e che per legitimarne l'applicazione, val a dire, per togliere al giudice la facoltà che la legge gli accorda in tutti gli altri casi, quella cioè di sospendere la esecuzione della sentenza, è necessario il concorso di due circostanze da lui enumerate: tutti gli scrittori son d'accordo su questo punto. Or, qualunque sia l'analogia che si possa osservare nei due casi tra le parti condannate, per esempio, la impotenza simile nella quale esse sono d'impedire che la sentenza avesse il suo effetto, sempre però vi esiste la immensa differenza tra una sentenza semplicemente esecutiva provvisoriamente e quella che ha acquistata l'autorità di cosa giudicata; la prima è inoppugnabile nel mentre che l'altra, non ostante il privilegio transitorio di cui gode, non è meno soggetta al mezzo dell' appello, che appartiene benanche alla parte condannata.

Adunque non è esatto l'asserire, come ha praticato Pigeau, che avvi identità di ragione.

[1733 bis. *Gli atti d' istruzione che servirono di base alla sentenza impugnata, come un esame o una relazione di periti, posson esser presi in considerazione da' giudici che conoscono della opposizione di terzo?*

Favard de Langlade, tom. 5, pag 614, opina che ciò dipende dalle circostanze la valutazione delle quali è abbandonato alla prudenza del giudice. L'attore può ben conchiudere che gli atti si ricominciassero con lui; ma il giudice può, secondo i casi, non ordinarlo, perciocchè la opposizione di terzo non annulla questi atti, e qualunque sia la sua decisione su questo punto, essa generalmente non offre luogo alla censura della corte di cassazione. In effetti in tal modo giudicò questa corte il 1 agosto 1821 (*Gior. de' pat. tom.* 23, *pag.* 257).

Vedi per i diversi punti nei quali l'opposizione di terzo è ammessibile, la quistione 1709, la quale deve aver una grande influenza sulla soluzione della presente.]

TITOLO II.

Del ricorso per ritrattazione di sentenze.

ART. 480 + 544.

[1738 bis. *Il mezzo del ricorso per ritrattazione è forse ammesso in fatto di separazione personale ?*

Parci che non possa radere alcun dubbio sull'affermativa. Ai 9 luglio 1814 (*Gior. de' pat. tom.* 18, *pag.* 1038) la corte di Parigi ammise il ricorso per ritrattazione in materia di divorzio; perchè dunque non sarebbe lo stesso in fatto di separazione personale? Difatti, per autorizzare il mezzo estraordinario del ricorso per ritrattazione, il codice si è fondato soltanto sulla natura delle sentenze, che sulla indole delle controversie. Purchè una sentenza si trovi nelle condizioni determinate dall'art. 480 + 544, poco importa su quale materia sia stata essa pronunziata: tale sentenza può sempre essere ritrattata per mezzo del ricorso per ritrattazione. Epperò le sentenze per separazioni personali, come qualunque altra sentenza, sono soggette a questa specie di ricorso, sol perchè la legge non pronunzia a tal riguardo alcun divieto.

In forza di questi principi stabiliti nella precedente quistione, e de' quali la presente soluzione è una conseguenza logica, la corte di cassazione ai 14 maggio 1811 (*Gior. de' pat. tom.* 18, *pag.* 1018), decise che le sentenze relative alla percezione de' dritti di registro possono essere impugnate per mezzo del ricorso per ritrattazione.]

[1738 bis. *Il mezzo del ricorso per ritrattazione è ammissibile forse contro lo stato di collocazione in una graduazione chiusa diffinitivamente dal giudice commessario, per mancanza di contestazione fra le parti ?*

Vedi su questa quistione il nostro titolo relativo alla *graduazione*.]

[1738 ter. *Una decisione pronunziata sopra un espediente volontario, può forse essere impugnata per mezzo del ricorso per ritrattazione ?*

Può dirsi, in sostegno della negativa, che se l'autorità della cosa giudicata non è mai un ostacolo al ricorso per ritrattazion di sentenza, questa massima dee interpetrarsi nel senso cioè che la legge presume, siccome avvisa Pigeau, proc. civ. lib. 2, part. 4, tit. 1, cap. 1, sez. 4, art. 1, n. 5., che la parte condannata in ultimo grado di giurisdizione, è ben lungi di prestare acquiescenza alla sentenza che le reca un pregiudizio, ed appunto in forza di tale presunzione essa ha la facoltà di produrre il gravame straordinario del ricorso per ritrattazione: che nel caso in esame, avendo luogo tutto il contrario, poichè una decisione pronunziata sopra un espediente volontario non è l'opera del giudice ma l'opera delle parti, queste non debbono essere ammesse ad impugnarla per mezzo del ricorso per ritrattazione, siccome del pari decidemmo non potersi interporre l'appello avverso una sentenza pronunziata concordemente fra le parti. (*Vedi la quistione* 1631).

Ma indipendentemente dall'aver noi opinato (*loco citato*) che il dolo e la frode costituirebbero un'eccezione, non bisogna obbliare che il ricorso per ritrattazione ha il suo primo fondamento ne' principî che regolano le restituzioni contro i contratti, e che siccome un maggiore ha dritto alla restituzione contro la convenzione sorpresagli per effetto di dolo, così la parte collitigante, la quale avesse dato il suo assenso alla decisione pronunziata sopra un espediente sol perchè fu ingannata dal suo avversario, sia ritenendo de' documenti decisivi, sia facendo uso di atti falsi, o per tutt'altro fraudolente raggiro, deve ritornar ne' suoi dritti, per mezzo del ricorso per ritrattazione, relativamente alla cosa giudicata dalla decisione, siccome fu implicitamente deciso dalla

corte di Parigi a'28 novembre 1810 (*Giorn. de' pat. tom.* 18, *pag.* 1013).

Si obbietterà forse che il decadimento pronunziato contro le parti le quali han lasciato perimere i termini dell' appello, avendo il suo principio nell'acquiescenza che si presume da esse prestata, non si comprende come l' acquiescenza espressa non produrrebbe effetti identici ?

A ciò è facile rispondere che l'analogia è inesatta, in quanto che trattasi qui di una sentenza pronunziata in ultimo grado di giurisdizione, la quale, per se stessa, e senza il soccorso della perenzione, avea forza di cosa giudicata.]

[1740 bis. *Un ricorso per ritrattazione, fondato sopra uno de' mezzi dalla legge previsti, può forse essere eliminato sotto pretesto di mancanza d'interesse ?*

Che no, poichè l'unica missione del giudice è quella di valutare la forza de'motivi presentati dalla parte, avuto riguardo al testo della legge che gli serve ad un tempo di limite e di norma, e che non può, senza violare il testo della legge ed oltrepassare i limiti del suo mandato, creare arbitrariamente una nullità che non ha affatto preveduta. In tal guisa appunto ha giudicato una decisione della corte di cassazione de' 16 agosto 1808 (*G. del Pat.* 3. *ediz. t.* 7, *p.* 21, *e G. de' pat. t.* 18 *p.* 988), sotto l'impero dell'ordinanza del 1667, e noi crediamo con Berriat Saint-Prix, p.449, not.5, doversi oggidì decidere allo stesso modo.]

[1746 bis. *Allorchè non fu accettata una rinunzia relativa ad una parte soltanto delle conclusioni, la decisione che pronunzia su questa parte di conclusioni commette un' eccesso di potere ?*

Che no, poichè il contratto giudiziario non può formarsi che col consenso reciproco delle parti; che, nella supposta specie, la rinunzia non essendo stata accettata, non si è formato alcun contratto giudiziario sul capo di dimanda che avea costituito l'oggetto della detta rinunzia, e che in conseguenza pronunziando sul detto capo, il giudice non ha violato il contratto giudiziario, nè commesso un' eccesso di potere.

In tal guisa fu deciso dalla corte di cassazione; ai 5 dicembre 1838 (*Gior. de' Pat. t.* 2, *del* 1838, *p.* 617; *Devill.*, 1838, *p.* 951). Vedi le nostre *quist.* 1451 *bis e* 1459 *ter.*]

[1747 bis. *La sentenza che condanna a pagare una somma eccedente quella soggetta ad esser decisa inappellabilmente, allorchè la dimanda fosse inferiore alla somma di* 1500 *franchi, dev' essere impugnata per mezzo del ricorso per ritrattazione o per mezzo dell' appello ?*

Il primo ad elevare la presente quistione fu il nostro saggio collega Benach, nel suo sostanziale *Trattato dei tribunali civili*, p. 511, il quale si pronunzia per l'appello, e noi adottiamo la sua opinione.

Abbenchè sia noto che per fissare il termine dell' ultimo grado di giurisdizione, bisogna aver riguardo unicamente all' ammontare della dimanda, e non già all' ammontare delle condanne pronunziate, Benech fa ragionevolmente osservare che questa massima è applicabile soltanto al caso in cui la condanna è inferiore alla somma di 1500 franchi, e cita molto a proposito quel passo di Cajo (*Inst. comm.* 3, § 180): *ante litem contestatum dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere.*]

[1749 bis. *Una decisione che pronunzia sopra una dimanda principale, senza pronunziare sopra una dimanda incidente, può forse essere impugnata mediante ricorso per ritrattazione, allorchè la risoluzione sulla prima dimanda, toglie qualunque interesse alla seconda?*

Noi crederemmo di no, per la ragione che la disposizione del quinto paragrafo dell' art. 486 non può riferirsi che alla mancanza di pronunziare sopra un caso utile di dimanda. Or, poichè le dimande incidenti, le dimande sussidiarie possono essere assorbite o addivenire inutili in seguito della decisione pronunziata sulla dimanda principale, è chiaro che il giudice non può essere obbligato di pronunziare su queste specie di dimande le quali sono virtualmente decise dalla sentenza pronunziata sulla dimanda principale. La corte di Torino consacrò questa teoria al 1 luglio 1812 (*Gior. de' pat. tom.* 18, *pag.* 1031; *Devill. collezion. nuova, t.* 4, *pag.* 148), la quale fu da noi ancora sostenuta trattando dell' art. 141 + 233.

Ma in qualunque altro caso non basterebbe affatto di trarre argomento dal rigetto implicito che si volesse far risultare da'motivi concernenti la omissione di uno de'capi di conclusioni, per eliminare la nullità risultante dallo

essersi mancato di pronunziare ed impedire l'azione per ritrattazion di sentenza. Noi abbiamo del pari stabilito lo stesso, trattando del detto art. 141 + 233, confutando due decisioni della corte di cassazione che sostenevano il contrario; in data de' 6 febbraio 1830, e 4 maggio 1838.]

[1749 ter. *Allorchè una sentenza ha omesso di pronunziare sopra un capo distinto, se ne può rinnovare la dimanda con azione principale, ovvero il solo mezzo che possa fare ottenere la riparazione di questa omissione è ricorso per ritrattazione?*

Questa quistione è delicatissima; e noi abbiam lungo tempo esitato pria di adottare la seguente opinione, la quale, a prima giunta, ci è sembrata troppo assoluta.

La legge ha dichiarato che la parte la quale si dolesse di avere un tribunale mancato di pronunziare sopra uno de' capi della sua dimanda avrebbe il dritto di reclamare mediante ricorso per ritrattazione. Il silenzio del giudice considerasi come una decisione implicita.

È principio di dritto, che non competono mai nel tempo istesso due mezzi di reclamo al litigante perchè gli si renda giustizia. È indubitato che quando vi ha omissione, è autorizzato il ricorso per ritrattazione, epperò non si ha dritto ad alcun altro mezzo ordinario.

Questa conseguenza è rigorosamente esatta.

Aggiungiamo anche che se, per dritto francese, noi non ammettiamo più i risultamenti della *litis contestatio* romana, nulladimeno non si può disconvenire che il legislatore l'abbia avuto in mira allorchè ha autorizzato d'avvalersi del ricorso per ritrattazione contro una sentenza che pronunziava incompletamente sopra i diversi punti del litigio: è a lui sembrato che quando la causa è impegnata dalle conclusioni dell'attore, eravi interesse e dritto per entrambe le parti, affinchè fusse decisa completamente la lite.

Per lo che noi crediamo che l'azion principale dovrebbe essere rigettata, ed il solo mezzo legale sarebbe quello del ricorso per ritrattazione. V. le nostre quist. 1749 *quater* e 1765.]

[1749 quater. *La parte che ha dimandato la conferma pura e semplice di una sentenza contenente una omissione in suo pregiudizio, può forse contro questa sentenza avvalersi del ricorso per ritrattazione?*

Nella precedente quistione, esaminando se un' attore, a danno di cui si fosse omesso di pronunziare, avesse dritto di ricorrere mediante un azione principale, abbiamo opinato che il solo mezzo legale era il ricorso per ritrattazione. Noi però non diremo, con una decisione della Corte di Grenoble de' 13 aprile 1812 (*Gior. de' P. tom.* 18, *pag.* 1031), che la parte la quale non ha ottenuto che si fosse pronunziato sopra tutti i suoi capi di dimanda, abbia il dritto di avvalersi del ricorso per ritrattazione contro una sentenza pronunziata in primo grado di giurisdizione, poichè ciò sarebbe contrario al testo formale dell'art. 480, il quale ammette il ricorso per ritrattazione soltanto contro le decisioni inappellabili. In tal caso, la omissione di pronunziare, del pari che tutt'i mezzi i quali dan dritto al ricorso per ritrattazione, costituiscono motivi di appello.

Noi approviamo una decisione della Corte di Metz del 7 giugno 1820 (*Gior. de' P. tom.* 18, *pag.* 1040), la quale stabilì che la interpetrazione della decisione non portava con se la necessità di avvalersi del ricorso per ritrattazione. *Ved.* benanche una decisione della Corte di Rennes dei 29 gennaio 1814. (*G. de' P.*, *t.* 15, *p.* 106.)

Ritornando alla quistione che abbiam creduto dover stabilire, noi non vi scorgiamo che una quistione di acquiescenza; e crediamo che colui il quale, in prima istanza, avendo ottenuta l'aggiudicazione di una parte soltanto delle sue conclusioni, è molto imprudente per dimandare la conferma pura e semplice delle sentenze pronunziate in prima istanza, deve riputarsi di aver prestato acquiescenza al contratto giudiziario, il quale contiene un rifiuto implicito di una parte delle sue pretensioni.

Ciò d'altronde risulta dalla posizione nella quale egli si è messo; ed in questo caso non ci sembra di aver diritto all'azione principale, ma il solo mezzo legale sarebbe il ricorso per ritrattazione; ma egli non può adoperarlo nè contro la sentenza, poichè tale sentenza fu pronunziata in primo grado di giurisdizione, nè contro la decisione, poichè la Corte gli aggiudicò tutte le sue conclusioni tendenti alla conferma pura e semplice delle sentenze impugnate: quindi rimane escluso da qualunque reclamo. (*Ved. la nostra quistione* 1758 *ter.*)]

1751 bis. *Ma se le sentenze contrarie sono pronunziate fra due o più persone per* COSA IN-

divisibili, che una di esse abbia soccombuto in una prima sentenza, e l'altra sia riuscita nella seconda, vi ha luogo forse a ricorso per ritrattazione a favore della prima parte contro la prima sentenza, sul fondamento di contrarietà tra la prima e la seconda sentenza NELLA QUALE ESSA NON È STATA PARTE?

No, dice Pigeau, Comm. tom. 2, pag. 74, poichè essendo l'oggetto indivisibile, appartiene per intero a ciascun proprietario, e per conseguenza a colui che vi si è fatto sostenere colla seconda sentenza, di tal che se si voglia eseguire la prima, come ciò non può farsi senza contravvenire alla seconda, colui che l'ha ottenuta, paralizzerà la esecuzione di detta prima sentenza, opponendo la seconda, e la renderà senza effetto; in guisa che il comproprietario condannato da questa prima sentenza, non avendo alcuno interesse per farlo, non potrà far uso del ricorso per ritrattazione relativamente all'azione principale, come nol potrà nemmeno rispetto agli accessori, siccome sarebbero le spese, gl'interessi ec. Imperocchè tali accessori essendo *divisibili* risguardano lui soltanto, e come la prima e la seconda sentenza sono pronunziate fra parti diverse, egli non potrà impugnare la prima per causa di contrarietà.

Tali ragioni ci sembrano positive.

Vedi la nostra quistione 1794 *bis* su' principî generali relativi alla indivisibilità).]

[1753 bis. *Allorchè vi ha contrarietà fra due sentenze, si può forse indifferentemente impugnar l'uno o l'altra?*

Gli autori del Pratico francese, tom. 3, pag. 316 e 317, adottano l'affermativa, poggiandosi sul motivo di essere probabile che l'ultima sentenza sia la più giusta, e che la prima sia incompetentemente pronunziata. Ma, dice Pigeau, Comm. t. 2, p. 79, è questo un errore chiaramente contrario al Codice ed ai principî in esso stabiliti: « Al codice, poichè lo stesso art. 501 † 565 e 566 (*già citato in questo senso nella precedente quistione*) formalmente inibisce potersi impugnare la prima sentenza, della quale indefinitivo essa ne ordina la conferma; ai principî, poichè quando una sentenza è pronunziata in ultimo grado di giurisdizione, essa sussiste fintantochè non è ritrattata con ricorso per ritrattazione, non potendo i giudici, senza questo mezzo, rivocare le loro proprie decisioni. » Epperò soltanto la seconda sentenza potrà essere impugnata come quella che distrugge la prima.

Che se si ammettesse l'opinione contraria ne seguirebbe che dopo di essere stato condannato, si potrebbe una seconda volta sottomettere la lite allo stesso tribunale, malgrado gli art. 1350 e 1351 † 1304 e 1305 del codice civile sull'autorità della cosa giudicata, poichè se la seconda sentenza fosse contraria alla prima, si potrebbe impugnar quest'ultima mediante ricorso per ritrattazione. (*Vedi qui appresso la quistione* 1756 bis.)]

[1756 bis. *Allorchè due sentenze contraddittorie passate in forza di cose giudicate, non possono più essere impugnate per mezzo dell'appello, qual'è di queste due sentenze quella che può esser messa in esecuzione?*

Noi abbiam già manifestata la nostra opinione su questa grave controversia ne' nostri principî di competenza amministrativa, tom. 1, pag. 249, n. 882, nella quale seguitiamo a persistere.

Le sentenze costituiscono la legge delle parti, sono de' contratti giudiziari. Or le leggi e le convenzioni più recenti sono soltanto applicabili; perchè dunque si deciderebbe altrimenti rispetto alle sentenze?

Ma v'ha dippiù; se si ammettesse l'opinione contraria, ne risulterebbe che il ricorso per ritrattazione addiverrebbe un mezzo più che inutile in caso di contrarietà di sentenze, ed ecco perchè: la seconda sentenza non può essere contraria alla prima che facendo perdere la causa a colui il quale l'avea la prima volta vinta. Che se la prima sentenza dovesse essere la sola capace di conservare la forza esecutiva, colui a beneficio del quale fu pronunziata, lascerebbe spirare il termine pel ricorso di ritrattazione. Per lo che la legge ha previsto il caso tutto contrario; il titolo del ricorso per ritrattazione presuppone necessariamente il principio che una seconda sentenza annulli la prima; e per far ritrattar la seconda, essa stabilisce delle regole da seguirsi in un termine di rigore (ART. 480, e 489 † 544 e 553).]

[1759 bis. *La falsità del giuramento decisorio aprirebbe l'adito al ricorso per ritrattazione?*

Che no, dice Favard de Langlade, tom. 4, pag. 887, collez. 2. v. 7, poichè sarebbe questo un mezzo di provare la detta falsità, proo-

va che l' art. 1363 + 1317 del cod. civ. non permette mai di fare, ed il cui divieto poggia sul motivo che colui il quale ha deferito il giuramento ha assunto l'impegno di abbandonare le sue pretensioni nel caso ch' esso sia prestato, ed ha con ciò rinunziato ai mezzi che potrebbero farlo riuscire nel suo intento. Tal è benanche il sentimento di Toullier, tom. 10, pag. 575, n. 426, v. 3.

Ma sarebbe altrimenti, secondo gli stessi scrittori e secondo Pigeau, tom. 1, pag. 628, se si trattasse del giuramento deferito di officio dal giudice; ed in vero in tal caso niuna transazione è avvenuta fra le parti: il giuramento è opera soltanto del giudice, il quale si sarebbe astenuto di ordinarlo se avesse per poco potuto immaginare che colui al quale egli lo deferiva era capace di spergiurare. Che se dunque ne sia provata la falsità per mezzo di documenti acquistati dopo la sentenza, ancorchè non conservati da colui che ha spergiurato, essa costituisce un dolo che apre l' adito al ricorso per ritrattazione; purchè però, secondo dice Pigeau, *loco citato*, la pruova dello spergiuro non risulti da un documento conservato dalla parte condannata.]

[1760 bis. *E necessario forse, per ammettere il ricorso per ritrattazione, che la falsità de' documenti su quali esso è fondato sia stata* DICHIARATA *da una sentenza, o basta di essere stata* RICONOSCIUTA *dal giudice?*

Una decisione del 22 piovoso anno 9, pronunziata sotto l' impero dell' ordinanza del 1667, il cui art. 34 diceva soltanto, *se siasi giudicato sopra documenti falsi*, ritenne che il ricorso per ritrattazione potea prodursi pria di essersi dichiarato giuridico il falso; ma oggidì che il codice formalmente esige che i documenti *sieno stati riconosciuti o dichiarati falsi*, la soluzione non può essere più la stessa. Pigeau, Comm., tom. 2, pag. 76, fa a tal riguardo una distinzione che non ci soddisfa completamente, poichè in conchiusione essa non prescrive affatto la teoria contenuta nella citata decisione, il che ha praticato virtualmente, secondo noi, il paragrafo 9. dell'art. 489.

« Che se l' atto, egli dice, non può dichiararsi falso che sopra iscrizione, val dire, se esso è autentico, vi bisogna una sentenza preliminare: » ma, aggiunge in seguito lo stesso scrittore, se il documento è privato, in questo caso possono i giudici, dopo averlo esaminato e *riconosciuto falso*, *dichiararlo* tale ed ammettere colla stessa sentenza il ricorso per ritrattazione. »

Or sembraci che qui Pigeau abbia commesso un errore nell' interpetrazione da lui data al paragrafo 9 dell' art. 480.

Difatti niente di più chiaro delle espressioni di questo paragrafo: le quali non possono evidentemente intendersi che di una *confessione della parte* o di una *dichiarazione in giudizio*; e basterebbe per convincersene consultare il senso ordinario delle parole, e se vi fusse bisogno di essere interpetrate, riavvicinare gli articoli 448 e 488+512 e 552 all'art. 480+544.

Nel primo, chiaro si scorge che il legislatore assimila la ricognizione alla contestazione giuridica. Nel secondo, dopo aver messo sulla stessa linea il falso, il dolo e la scoverta di nuovi documenti, esige, per i due ultimi casi soltanto, che vi sia pruova per iscritto del giorno in cui fu riconosciuto il dolo o scoverti i documenti.

Che se il legislatore non ha richiesta la stessa pruova per il falso, si è perchè avendo detto nell' art. 480 che non sarebbe ammesso il ricorso per ritrattazione, a causa della falsità de' documenti, se non dopo *riconosciuti o dichiarati falsi*, era certa allora l'epoca, e diveniva inutile rinnovare la detta prescrizione.

Per la qual cosa noi crediamo che non solamente la confessione della parte o la dichiarazione del giudice è indispensabile per ammettersi il ricorso per ritrattazione, nel caso contemplato dal paragrafo 9, ma che è necessario benanche che tale dichiarazione del giudice abbia luogo per mezzo di una sentenza preliminare e distinta da quella che pronunzia sulla dimanda di ricorso per ritrattazione, siccome insegna Favard de Langlade, tom. 4, pag. 894, e stabiliscono in un modo evidente tre decisioni successive della corte di cassazione dei 2 maggio 1837 (*G. de' Pat., tom.* 53, *pag.* 477), de' 9 aprile 1835 (*G. de' Pat., t.* 49, *p.*436) e 13 feb. 1838 (*G. de' Pat. tom.* 1 *del* 1838, *pag.* 268), alle quali si può aggiungere una decisione della corte di Aix dell' 8 febbraio 1839 (*Giorn. de' Pat. tom.* 57, *pag.* 497 *e G. del Pat. tom.* 1 *del* 1839, *pag.* 408), la cui specie è veramente rimarcabile.]

ART. 483 † 547.

[1774 bis. *Si può validamente far la citazione di cui parla l'art.* 483 *nel domicilio eletto all'epoca in cui fu notificata la sentenza?*

No, dice Pigeau, Comm., tom. 2, pag. 290, poichè la elezione di domicilio non avendo per iscopo che la esecuzione della sentenza, deve per conseguenza limitarsi a ciò ch' è relativo alla esecuzione di tale sentenza, ed il ricorso per ritrattazione non costituisce affatto un atto di esecuzione, che anzi è un' atto il quale ha per iscopo la ritrattazione della sentenza. Ciò d'altronde fu deciso, nel caso di un ricorso per annullamento, dagli arresti della corte suprema de' 3 fiorile, anno IX, e de' 28 ottobre 1811. (*G. de' pat., tom.* 6, *pag.* 421 *e* 481; *Devill. collez. nuova, tom.* 1, *pag.* 453).

Tali rigorose decisioni essendo motivate sulla disposizione formale del regolamento del 1738 che *espressamente* volea che la decisione fusse notificata alla *persona* o al *domicilio*, è chiaro che la stessa ragione deve militare in materia di ricorso per ritrattazione, poichè queste parole sacramentali trovansi anche testualmente riferite nell' art. 483.]

ART. 484 † 548

[1777 bis. *La sospensione del termine accordato al minore dall'art.* 484 *è forse applicabile all' interdetto?*

L'art. 509 del codice civile, avendo in tutt' i punti assimilato l' interdetto al minore, e questa assoluta assimilazione essendo adottata da quasi tutti gli scrittori, i quali non esitano ad applicare a quest' ultimo il beneficio dell' art. 481, noi non iscorgiamo come potrebbe sostenersi la negativa.

Gli è vero, siccome fa osservare Boitard, tom. 3, pag. 218, esservi un notabile inconveniente nel supporre rispetto ai ricorsi per ritrattazione un termine sempre incerto durante la vita di un interdetto; ma si risponde con Thomines Desmazures, tom. 1, pag. 743, che se accadesse, come difatti può essere, che un interdetto fusse sciolto dalla interdizione, non vi sarebbe ragione perchè nel giorno in cui gli verrebbe resa la libertà civile, nel giorno che sarebbe arrivata per lui l'epoca della sua *maggior età*, gli si dovesse rifiutare il diritto di avvalersi dell' art. 509 che l' assimila al minore; e questa considerazione sembraci decisiva in appoggio della nostra opinione. Perlocchè noi crediamo, traendo analogia da quando abbiamo stabilito nella quistione 1772, uniformemente all' opinione de' medesimi scrittori, che il termine de' tre mesi non decorreva contro l' interdetto assoluto dalla sua incapacità civile, se non dal giorno in cui gli fosse stata notificata la sentenza a contare dall'epoca della reintegrazione nell' esercizio de' suoi dritti, ovvero dal giorno in cui tale notificazione fosse stata fatta ai suoi eredi, laddove fosse morto in istato d' interdizione. Vedi nulladimeno nel senso contrario Boncenne, tom. 2, pag. 216, il quale opina che l' interdetto rimanga soggetto al rigore del dritto comune.]

ART. 487 † 551

[1777 ter. *Han forse dritto al termine accordato dall'art.* 487 *altre persone, oltre a quelle in esso indicate?*

Non v' ha dubbio, dice Delaporte, tom. 2, pag. 57, che bisogna accordarlo anche a tutt' i successori universali; e debbono ancora goderne gli aventi causa, allorchè esercitano i dritti del defunto (*vedi la quistione* 1740); ma i successori a titolo singolare non godono del medesimo favore: il che appunto fu ragionevolmente osservato da Iousse sull' art. 8, tit. 35, dell' ordinanza]

ART. 490 † 554

[1777 quater. *Vi ha de' casi in cui il ricorso per ritrattazione contro una sentenza arbitramentale dev'essere portato innanzi ad un tribunale di prima istanza?*

Perdendo gli arbitri il loro carattere di giudici appena hanno adempito al loro mandato, non poteva applicarsi, rispetto ad essi, il principio il quale esige che il ricorso per ritrattazione sia introdotto innanzi al tribunale che ha pronunziata la sentenza impugnata; ed è perciò che l'art. 1026 † 1102 dispone che in questo caso esso sarà introdotto innanzi al tribunale che sarebbe stato competente per conoscere dell' appello.

Bisogna adunque convenire con Pigeau, Comm. tom. 2, pag. 79, che se gli arbitri, che decidono in ultimo grado di giurisdizione, han-

no, per esempio, sostituito un giudice di pace, il ricorso per ritrattazione dovrà introdursi innanzi al tribunale di prima istanza che avrebbe deciso dell' appello avverso la sentenza del giudice di pace: ma astrazion fatta dalla distinzione stabilita dallo stesso scrittore, val dire, sia che la causa avesse dovuto decidersi in ultimo grado di giurisdizione, sia che non avesse potuto esserlo se non col dritto di poter appellare innanzi alla giustizia di pace. Difatti l'assimilazione all'art. 1026 è meramente fittizia, nel senso cioè ch'essa ha per oggetto non tanto la competenza propriamente detta, ma quanto d'indicare il grado di giurisdizione al quale si dovrà ricorrere in materia di arbitramento, per impugnare col ricorso per ritrattazione la decisione di giudici che più non esistono, ed allora importa poco occuparsi di conoscere se i giudici che han sostituito gli arbitri avessero potuto decidere in primo o in ultimo grado di giurisdizione. L' essenziale si è di distinguere qual sia la giurisdizione immediatamente superiore, che conosce delle loro decisioni in appello, e che ai termini dell'art. 1026, deve adirsi mediante il ricorso per ritrattazione. In altri termini, ed avendo riguardo soltanto al grado d' importanza della causa, per effetto del quale essa trovasi alternativamente soggetta o al primo o all' ultimo grado di giurisdizione, si perviene, con Pigeau, allo strano risultamento che se una causa d'indole tale da giudicarsi in ultimo grado di giurisdizione da un tribunale di prima istanza, trovasi soggetta al giudizio di arbitri per essere anche decisa in ultimo grado di giurisdizione, dovrà introdursi il ricorso per ritrattazione innanzi al tribunale di prima istanza.]

Ora è ben chiaro che sebbene il tribunale abbia in questo caso goduto della prerogativa di giudicare in ultimo grado di giurisdizione, e per conseguenza di pronunziare sul ricorso per ritrattazione prodotto avverso la sua stessa sentenza, non si può assimilare questa prerogativa a quella che sorge categoricamente dalle ultime espressioni dell' art. 1026, val dire dalla facoltà di *conoscere dell' appello*; e siccome nulladimeno appunto ciò esige il medesimo articolo, bisogna conchiuderne che soltanto innanzi alla Corte dovrà introdursi il ricorso per ritrattazione contro la sentenza degli arbitri, i quali avessero deciso o in primo o in ultimo grado di giurisdizione.

La materia degli arbitramenti forzati ci fornisce una novella ragion di decidere. Nell' art. 52 del Codice di commercio stà detto, che se le parti non vi han rinunziato, l' appello dalla sentenza arbitramentale sarà introdotto innanzi alla Corte reale. Or supponendo, all'opposto, che siffatta rinunzia abbia avuto luogo nel compromesso, siccome qui ne facciamo il caso, è chiaro che la distinzione di Pigeau rendesi impraticabile; imperocchè non si potrà mai, ai termini del citato art. 1026, vietar d' introdursi il ricorso per ritrattazione innanzi al tribunale che fosse stato *competente per conoscere dell' appello*, se le parti non avessero accordato agli arbitri la facoltà di decidere in primo grado di giurisdizione, val dire innanzi alla *Corte reale*, siccome è disposto dal detto art. 52, e fu formalmente ritenuto da una decisione dalla Corte di Lione del 31 agosto 1825 (*G. de' P. tom.* 30, *p.* 345.)

Gli è vero che Pigeau, sostenendo che il ricorso per ritrattazione non può aver luogo nè contro le sentenze de' giudici di commercio, nè contro quelle de' giudici di pace, potrà dire che esso neanche deo aver luogo contro le decisioni degli arbitri che sostituiscono i primi, e che appunto questo è il motivo del silenzio tenuto dall' art. 52 su questo mezzo straordinario, per rispetto agli arbitramenti forzati.

Ma è agevole rispondere, colla citata decisione di Lione, che non può considerarsi l'art. 52 come limitativo per rapporto al gravame straordinario del ricorso per ritrattazione il quale non potrebbe essere supplito dal ricorso per annullamento, e che dal silenzio del codice di commercio sul ricorso per ritrattazione non può dedursi il divieto di un mezzo comune a tutte le sentenze ed indispensabile per riparare una ingiustizia, conseguenza del dolo della parte o dell' errore del magistrato; che da questo silenzio soltanto risulta la necessità pel giudice di rientrare nella regola generale, cass. 24 aprile 1819 (*G. de' P*,. *tom.* 18, *p* 1021) ammettendo il ricorso per ritrattazione contro le sentenze arbitramentali, e che questa regola generale non è altra cosa se non il codice di procedura civile.

Potrebbe ritenersi di essere stata esclusa dal beneficio comune la decisione degli arbitri forzati, se l' arbitramento, in generale, fosse inconciliabile col ricorso per ritrattazione; ma fu stabilito il contrario dall' art. 1026, il quale lo ammette espressamente contro le senten-

ze degli arbitri volontari, ed allora noi non veggiamo perchè non dovremmo uniformarci, per analogia, alle stesse disposizioni relative all'arbitramento forzato, allorchè d'altronde è chiaramente dimostrato che il ricorso in cassazione, riserbato in questo caso, non può sufficientemente supplire il ricorso per ritrattazione. Epperò quest' ultimo dovrà essere ammesso, ed in conseguenza, prodotto nel senso indicato dal confronto degli art. 52 del Codice di commercio e 1026 del Codice di procedura civile, val dire, ancora una volta, introdotto innanzi la Corte reale che sarebbe stata competente per conoscere dell'appello. Ma la regola stabilita dall'art. 1026 † 1102 non è applicabile alle sentenze pronunziate con i comuni dagli arbitri forzati, in virtù delle leggi de' 20 giugno e 2 ottobre 1793, ed avverso le quali non fu interposto appello *in tempo utile*. Parigi, 18 luglio 1835. (*G. de P. tom.* 50, *pag.* 238; *Devill.*, 1835, *tom.* 2, *pag.* 403.)

Conchiudiamo adunque dalla specie relativa all'arbitramento, e che contradice in una maniera si formale il sistema di Pigeau, che se in un caso unico il ricorso per ritrattazione contro una sentenza arbitramentale deve introdursi innanzi ad un tribunale di prima istanza, in tutti gli altri casi dovrà prodursi innanzi alla Corte, la quale soltanto ha le attribuzioni ordinarie per conoscere dell'appello avverso le sentenze. (art. 1026 † 1102).]

[1777 quinquies. *Allorchè un tribunale di prima istanza è stato investito dalle parti di giudicare in ultimo grado di giurisdizione una causa che sarebbe stata soggetta all' appello, il ricorso per ritrattazione deve prodursi innanzi ad una Corte reale?*

La negativa sembraci evidente. Difatti in questo caso non trattasi più di giudici arbitri, senza carattere pubblico, la cui missione termina colla decisione che ne fu il pretesto e l'oggetto, e che non possono per conseguenza conoscere dell' esecuzione delle loro sentenze. Pubblicità, inamovibilità, mezzo di esecuzione nell' esercizio permanente, e giornaliera amministrazione della giustizia, tutto si riunisce per stabilire fra gli arbitri ed i giudici propriamente detti una profonda linea di demarcazione. Epperò non si possono sottomettere alle medesime prescrizioni. Ciò posto, perchè mai rifiuterebbesi ad un tribunale di prima istanza la facoltà di decidere in ultimo grado di giurisdizione, se le parti capaci di disporre de' loro dritti vi acconsentino?

Sarebbe forse perchè esso ordinariamente pronunzia salvo l'appello? Ma le leggi de' 24 agosto 1790, tit. 4, art. 6, e 27 ventoso anno VIII, art. 7, espressamente dichiarano dipendere dalla volontà delle parti che usano della loro capacità di estendere, sotto tal rapporto, i limiti della competenza. Se dunque per decidere in ultimo grado di giurisdizione, non manca a questo tribunale, se non il consentimento legale delle parti, non appena un tal consenso è dato, esso è realmente e pienamente giudice inappellabile, e deve conseguentemente conoscere del ricorso per ritrattazione prodotto contro la sua sentenza. Tanto più, dice Pigeau, Comm. tom 2, pag. 80, che se le parti e la legge l'hanno riconosciuto capace di decidere il merito in ultimo grado di giurisdizione, esse l' hanno implicitamente riconosciuto capace di decidere sul ricorso per ritrattazione.]

Art. 492 † 556.

[1781 bis. *La dimanda di ricorso per ritrattazione è forse dispensata dallo sperimento preliminare di conciliazione?*

Non vi cade alcun dubbio; difatti, sia che venga introdotto innanzi la corte reale, sia innanzi al tribunale di prima istanza, il ricorso per ritrattazione, non tendendo se non alla revisione della sentenza la quale ha pronunziato sopra un azione già introdotta in giudizio, non è mai una dimanda introduttiva d' istanza, ma all'opposto è il proseguimento, il compimento della procedura sulla quale si è pronunziata la sentenza impugnata: Non saprebbesi adunque comprendere perchè dovrebbe essere soggetta allo sperimento preliminare di conciliazione.

Noi crediamo che non possa esservi divergenza di opinione su questo punto, che del resto Pigeau, proc. civ., lib. 2, part. 4., tit. 1, cap. 1. sez. 4. art. 10, n. 4, e Comm. tom. 2, pag. 82, e Dalloz, tom. 12, pag. 612, non esitano a risolvere nello stesso senso.

È questa una necessaria conseguenza della opinione da noi manifestata sulla quistione 1775.]

ART. 494 + 558.

[1783 bis. *Qual dev'essere l'ammontare del deposito, allorchè il ricorso per ritrattazione è diretto contro una sentenza di prima istanza, pronunziata in contumacia, o in contraddizione?*

L'art. 494 è malamente compilato, poichè senza aver parlato delle sentenze de' tribunali di appello (poichè nel 1807 non eranvi ancora corti reali) ai quali soltanto applicansi evidentemente i depositi di 300 franchi, e di 150 franchi, il legislatore prescrive che il quarto sarà esigibile, laddove si tratti di sentenze pronunziate da' tribunali di prima istanza. Siccome fu deciso dalla corte di cassazione a' 17 nov. 1817 (*G. de' P. tom.* 2, *pag.*621), questo quarto dev'essere di 75 franchi per le sentenze pronunziate in contraddizione.

Ma se la sentenza impugnata fu pronunziata in contumacia, sarà forse applicabile il principio stabilito per le decisioni de' tribunali di appello? Il deposito potrà forse essere soltanto di 37 franchi e 50 c.? La ragione così esigerebbe, poichè se si è creduto che impugnare una decisione contumaciale fosse per la metà meno grave che impugnare una decisione contradditoria, così impugnare una sentenza contumaciale dev'essere per la metà meno grave che impugnare una sentenza contraddittoria. Pertanto la disposizione relativa ad una decisione contumaciale precede ciò che risguarda i tribunali di prima istanza, e sarebbe difficile estrarne una regola generale applicabile alle due ipotesi. Per lo che noi consigliamo di depositar sempre 75 franchi, o che la decisione impugnata sia pronunziata in contumacia o in contraddizione.

È chiaro che le stesse regole di proporzione sono applicabili a' 150 franchi da depositarsi pe' danni ed interessi.]

ART. 495 + 559.

[1785 bis. *La consulta prescritta dall' art.* 495 *deve forse, come la quietanza del ricevitore, essere notificata a pena di decadenza nel tempo stesso della citazione?*

L'affermativa non ammette alcun dubbio. La clausola apposta infine dell' art. 494 applicasi a tutte le sue disposizioni. Che se fosse altrimenti, l'articolo 499 autorizzando a discutere altri motivi oltre a quelli enunciati nella consulta, e potendo questa consulta, se non è notificata nel tempo stesso della citazione, notificarsi soltanto al momento dell'udienza, ne seguirebbe che il convenuto nel ricorso per ritrattazione potrebbe vedersi obbligato di venire all'udienza senza conoscere i motivi su' quali fosse fondata la dimanda.

Così appunto fu risoluto testualmente da una decisione della corte di Besançon de' 31 maggio 1813 (*G. de' Pal., tom.* 18, *pag.* 1033), uniforme in questo punto all' opinione di Pigeau, proc. civ., lib. 2, part. 4, tit. 1. cap. 1. sez. 5, art. 4, n. 4, § 2, e di Boncenne, tom. 2, pag. 239.]

[1785 ter. *Gli avvocati esercenti presso i tribunali di prima istanza hanno forse il dritto, in esclusione di quelli addetti alla corte reale, di sottoscrivere la consulta richiesta dall' art.* 495?

No certamente: poichè il primo tribunale della giurisdizione della corte è la corte medesima. D'altronde, non è possibile credere che il legislatore abbia preferito degli avvocati esercenti presso i tribunali di prima istanza, a coloro che chiamati ogni giorno per attendere alle più importanti quistioni, sono necessariamente a portata d' acquistar più estese e svariate conoscenze. Esso ha voluto che il legislatore fusse circondato da molti lumi, e non potesse impugnare una decisione in un modo irriflessivo. Non si può dunque supporre che abbia eliminato coloro che meritano più la sua fiducia.

Donde bisogna conchiudere che *tutti* gli avvocati esercenti da più di 10 anni presso un tribunale della giurisdizione della corte, o presso la corte medesima, hanno parimenti il dritto di sottoscrivere la richiesta consulta.

Questa opinione, adottata da Favard de Langlade, fu consacrata da un arresto della corte di cassazione de' 17 novembre 1817. (*G. de' Pat., tom.* 2, *pag.* 621).

Ma fa d'uopo che l'avvocato abbia dieci anni di esercizio sotto la giurisdizione della corte.

Laonde non potrebbero deliberare e sottoscrivere la consulta, i magistrati, quantunque situati nell' albo secondo l'ordine nel quale furono iscritti, Poitiers, 13 agosto 1814 (*G. de' P. tom.* 18, *pag.* 56, *Devill.*, 1834, *tom.* 2, *pag.* 513), o gli avvocati i quali avessero

cangiato di giurisdizione, quantunque non avessero cessato di essere avvocati da più di venti anni.]

[1785 quater. *Il ricorso per ritrattazione deve forse essere rigettato, se uno degli avvocati che hanno sottoscritto la consulta dalla legge richiesta, non abbia realmente esercitato la sua professione durante dieci anni?*

Non vi cade alcun dubbio. Il rigore delle condizioni numerate dall'art. 495 non autorizza ad opinar diversamente; e questa soluzione fu applicata ancora da una decisione della corte di Poitiers, ai 18 agosto 1834 (*G. de' P.*, *t.* 48, *pag.* 56), anche per rispetto ad un magistrato il quale, per deliberazione della camera di disciplina, fosse stato scritto nell' albo secondo il posto che vi occupava pria di far parte della magistratura. (*Vedi la precedente quistione*).

Ma ad eccezione di queste prescrizioni, la cui inesecuzione porta seco un decadimento, nulla importerebbe, per esempio, se l'avvocato il quale avesse agito pria della sentenza, sottoscrivesse la detta consulta; *Brusselles*, 24 *giugno* 1822 (*G. du Palais*, 3. *ediz*, *t.* 17, *p.* 64); ovvero, se dopo aver deliberato, egli agisse per la parte che produce il ricorso per ritrattazione, siccome fu deciso dalla stessa corte di Brusselles, ai 19 luglio 1812. (*G. de'P. tom.* 3, *pag.* 187).]

ART. 497 † 561.

[1786 bis. *Un ricorso per ritrattazione diretto contro una decisione che annulla un matrimonio, può forse impedire che il convenuto contragga una novella unione?*

A fronte degl'immensi inconvenienti che potrebbero nascere dalla celebrazione precipitata di un secondo matrimonio, si è naturalmente ricercato se esistano alcuni motivi per isfuggire al rigor de' principî, i quali tolgono al ricorso per ritrattazione qualunque effetto sospensivo.

L'art. 497 dichiara che il ricorso per ritrattazione *non impedirà la esecuzione della sentenza impugnata; e che non potrà accordarsi alcuna difesa.*

Attenendoci rigorosamente a queste espressioni, possiamo ben dire che non trattasi qui di paralizzare la esecuzione della decisione che annulla il matrimonio. In che cosa di fatti può consistere tale esecuzione? In ciò che il marito dovrà separarsi dalla moglie; dovrà restituire la moglie ec.: ma non è affatto *in esecuzione* della decisione che il marito domanda di celebrare un novello matrimonio: egli non la esegue maritandosi, ma usa soltanto della libertà che risulta per lui da tale decisione.

Potrebbesi adunque, poggiandosi anche alla lettera della legge, respingere l'applicazione dell' art. 497.

Pertanto non bisogna dissimulare che questa ragione, unica e sola, non dovrebbe affatto prevalere.

Ma essa può essere sostenuta da' motivi di ordine pubblico, tali da prestarle la più grande energia; come sarebbe se si considerasse essere lo stesso che compromettere la dignità del matrimonio, autorizzando a contrarne un secondo, allorchè, pochi giorni dopo, sarà forse annullato da una sentenza che dichiarerà valido il primo, e sarebbe lo stesso di compromettere benanche lo stato de' conjugi e de' figli che potrebbero nascere dal secondo matrimonio.

Queste ragioni di ordine pubblico elevansi in questo caso al disopra della lettera della legge; e debbono tanto più prevalere in quanto che l'art. 497 fu evidentemente sanzionato in vista di altri interessi diversi da quelli che ci occupano in questo momento.

Difatti sarebbe difficile di non riconoscere che il legislatore intendeva occuparsi d'interessi puramente civili, di somme a pagarsi, di rilascio di fondi, ec.; e laddove ve ne fosse bisogno, l' ultima parte dell' art. 497 ne fornirebbe la pruova. Che cosa si voleva? Che sotto pretesto di un ricorso per ritrattazione più o meno fondato, non si potesse evitare o ritardare la esecuzione di una condanna pronunziata in ultimo grado di giurisdizione.

Ma non può dubitarsi che il legislatore avrebbe ammessa un'eccezione a questa regola, per circostanze così gravi come quelle di cui noi parliamo, se esse si fossero presentate alla mente di lui, siccome fece in un caso che presenta una grade analogia. L' art. 263 del cod. civ. dichiara sospensivo il ricorso in cassazione contro le sentenze pronunziate in ultimo grado di giurisdizione in materia di divorzio, e come vedesi, l'analogia è perfetta, trattandosi nell' uno come nell' altro caso d'impedire la celebrazione di un secondo matrimonio, priachè la sorte del primo non sia irrevocabilmente decisa.

Sostenendo adunque che l'uffiziale dello stato civile potrà rifiutarsi a celebrare il matrimonio, finchè non sia stato rigettato il ricorso per ritrattazione, vale lo stesso che uniformarsi allo spirito della legge.

Bisogna quindi adottare questa soluzione con tanta maggior ragione in quanto che presenta pochissimi incovenienti. Essa lascia le cose nella loro integrità; e se per lo momento circoscrive la libertà di colui che ha ottenuto la decisione impugnata, essa è di natura tale da cagionargli raramente un danno reale; mentre che la opinione contraria può trascinar conseguenze disastrose, e dar luogo ad irriparabili disgrazie.

In una simile posizione, sembra non esservi luogo a bilanciare. Certamente, se il matrimonio fosse celebrato, dovrebbe essere sostenuto; ma allorchè le cose sono ancora nella loro integrità, e che non si può temere altro inconveniente che un leggiero ritardo, noi non crediamo che l'ufficiale dello stato civile possa essere costretto a celebrarlo.

Tal'è del resto la opinione professata da Pigeau, t. 1, pag. 748, relativamente al ricorso in cassazione, ed aggiunge (*Comm. t.* 3, *pag.* 104) esservi la stessa ragione di decidere in materia di ricorso per ritrattazione.

La opinione contraria è sostenuta da Merlin, *Aggiunzione al repertorio*, tom. 17, pag. 252; e da due decisioni presso a poco uniformi pronunziate in questo senso dalle corti di Riom, 27 giugno 1806 (*G. de' P, tom* 17, *pag.* 85), e di Parigi, 17 settembre 1815 (*G. de' pal tom.* 1, *pag.* 259), le quali sono approvate da Duranton, tom. 2, n. 215, e da Delvincourt, tom. 1, pag. 299. Ma nulladimeno questi due scrittori opinano potersi bene applicare per analogia la disposizione relativa al divorzio.]

ART. 498 † 562.

[1769 bis. *Quale sarà l'effetto della mancanza di essersi comunicato al ministero pubblico il ricorso per ritrattazione?*

Secondo gli autori del Pratico francese, tom. 3, pag. 329, ne risulterebbe una completa nullità della sentenza, la quale per altro dovrebb' essere pronunziata dalla Corte suprema, se la sentenza fosse in ultimo grado di giurisdizione; e darebbe luogo ad un gravame di appello, se fosse pronunziata semplicemente in prima istanza; non si *potrebbe*, dicono essi, a causa di tale omissione, *ricorrere* novellamente *mediante ricorso per ritrattazione*.

Noi parimenti opiniamo che le parti interessate, in esclusione del ricorso per ritrattazione, debbono produrre il ricorso per annullamento, e ciò perchè l'art. 480, §. 8 † 544 non permette di far uso di quel modo particolare di ricorso, se non quando la comunicazione che non ha avuto luogo, fosse prescritta a favore di colui contro di cui fu pronunziata la sentenza, circostanza che non trovasi in questo caso, e la mancanza lascia la ipotesi attuale sottomessa ai principî generali, i quali vogliono che tutte le infrazioni alla legge sieno deferite alla Corte di cassazione.

All'opposto, Boncenne, tom. 2, pag. 225, opina che la legge accordi il dritto di ricorrere per ritrattazione non già per la mancanza della preliminare comunicazione, ma per essere state omesse le conclusioni del pubblico ministero.]

ART. 500 † 564.

[1791 bis. *Vi ha luogo a restituzion della multa allorchè, pria di essersi pronunziato dal tribunale, l'attore giustifichi una transazione sulla dimanda di ricorso per ritrattazione?*

La ragione dell'affermativa si desume, a nostro avviso, dal perchè il richiesto deposito costituendo una semplice garantia, non bisogna siffattamente ligare la parte che essa non possa fare un accomodamento, o anche rinunziare in un modo espresso, transigendo pria di qualunque decisione; il che parimente opina Thomines Desmazures, tom. 1, p. 750; risultando ciò benanche dall'art. 2 del decreto del governo de' 27 nev. anno X. (*G. de' P. tom.* 2, *pag.* 629), il quale dichiara che se il tribunale ordina la restituzione della multa, o se le parti *transigono* sull'appello, il ricevitore restituirà l'ammontare della multa a chi di dritto.

Ma se l'attore vi avesse rinunziato per difetto di rito, la multa non potrebbe essere restituita, poichè allora non potrebbe più dirsi, come nel caso della quistione precedente, di non essersi esercitato il dritto di ricorrere, ma all'opposto tutto dinoterebbe che l'attore intanto vi ha rinunziato dappoichè ha ri-

conosciuto che la nullità la quale viziava il ricorso rendea la sua dimanda inammissibile.

Questa risoluzione, emanata dall' amministrazione del registro, porta la data del 28 marzo (*G. de' P.*, *tom.* 41, *pag.* 481. *Vedi le nostre uniformi decisioni quist.* 1693 bis *al titolo dell' appello.*)]

[1791 ter. *La somma di* 150 *franchi depositata da colui che agisce per la ritrattazione della sentenza, ad oggetto di garentire alla parte avversa i danni ed interessi ai quali questa può aver dritto, dev' essere restituita al depositante, anche quando egli soccumba, se il suo avversario non ha conchiuso affinchè siagli aggiudicata una tal somma?*

Sì, poichè gli art. 494 e 500 + 558 e 564 del codice di proc. civile, fissando il dritto della parte ai danni ed interessi, le han solamente accordato una facoltà di cui è libera far uso o pur no a suo talento, e che in quest' ultimo caso, restando i giudici, da un lato, soggetti al principio generale che proibisce loro di aggiudicare ad una parte ciocchè essa non dimanda, e dall' altra, non potendo il tesoro cumolare co' 300 franchi della multa, i quali già garentiscono i suoi dritti, la summa di 150 franchi riserbata al convenuto, che si presume averci rinunziato, niente può opporsi affinchè la detta summa sia restituita a colui che l' avea depositata.

Così fu deciso dalla Corte di Aix alli 8 feb. 1839 (*G. de' P. tom.* 57, *pag.* 497, *G. du Palais, tom.* 1 *del* 1839, *pag.* 605, *e Devill. tom.* 2, *pag.* 307).]

ART. 501 + 565 e 566.

[1793 bis. *Nelle spese che sono aggiudicate all' epoca della sentenza di ricorso per ritrattazione, bisogna forse comprendere quelle fatte all' epoca del primo giudizio, e che la parte era stata obbligata di pagare in esecuzione della sentenza ritrattata?*

Non cade alcun dubbio sull' affermativa, ch' è conseguenza necessaria della ritrattazione della sentenza impugnata. Difatti queste spese faceano parte delle *condanne riportate* in forza di tale sentenza. Or l' art. 501 prescrive ch' esse sieno restituite, e le parti rimesse nel medesimo stato in cui erano prima della condanna; epperò le spese debbono ripetersi dalla parte che le avea pagate, e che devesi considerarsi come se le avesse anticipate. Tale è l' opinione di Lepage, quist. 151, pag. 336, nella stessa guisa che dopo un annullamento, le spese pagate in virtù della decisione annullata, sono restituite al ricorrente, non appena presenta la novella decisione da lui ottenuta.]

[1794 bis. *Quali sono gli effetti della indivisibilità o della solidalità in materia di ricorso per ritrattazione?*

Nel corso de' nostri lavori sulle leggi della procedura civile, noi abbiamo già avuto occasione di esaminare la influenza della *solidalità* e della *indivisibilità* sulla procedura (*art.* 443, *quist.* 1565). Per lo che non dobbiamo far altro qui se non l' applicazione de' nostri principi, per risolvere la quistione relativa al ricorso per ritrattazione.

Perchè abbiasi dritto a sperimentare un mezzo di procedura, fa d' uopo che possa produrre un risultamento.

Se, in occasione di un debito solidale o di un oggetto indivisibile, quegli contro di cui è presentato un ricorso per ritrattazione ottenne una sentenza non impugnata ed inoppugnabile contro uno de' debitori solidali o indivisibili, il ricorso è senza oggetto, e non deve essere accolto.

Noi non citeremo che un esempio: un minore sostenga essere stato mal difeso, e dimandi approvare di non esser dovuta la servitù ottenuta sul suo fondo, qual sarà il risultamento del suo ricorso per ritrattazione, se il suo comproprietario indiviso del fondo gravato di servitù sia stato regolarmente condannato a soffrire la servitù?

Perfettamente nullo, poichè il convenuto potrà nulladimeno continuare ad esercitare il suo dritto di servitù, e quindi il ricorso per ritrattazione del minore dovrà essere rigettato.

Ma se una delle parti condannate discopra un motivo di ricorso per ritrattazione che non le sia interamente personale, e che allora lo faccia valere, in tal caso il ricorso per ritrattazione produrrà l' effetto di far cadere la sentenza, non solamente rispetto ad essa, ma relativamente a tutt' i suoi cointeressati.

Esempio: Fu conservato un documento decisivo da colui che vinse la causa, il ricorso per ritrattazione è ammesso e la sentenza cade: il convenuto per lo ricorso non potrà sostenere che avendo una decisione inoppugnabile contro taluno de' debitori solidali o indivisibi-

li, questa decisione deve servirgli a respingere qualunque reclamo per parte di uno de' cointeressati; è necessario che tale decisione non possa impugnarsi, ciò che non è, essendo stata pronunziata contro le disposizioni della legge che ciascuno interessato può invocare in nome di tutti.

Questi semplici precisi raguagli, ravvicinati agli sviluppamenti contenuti nella quistione 1565, debbono bastare per la soluzione delle diverse specie che possono presentarsi. (*Quistione* 1751 bis.)]

ART. 502 + T.

[1795 bis. *Il rescindente ed il rescissorio possono decidersi colla stessa sentenza?*

No, secondo Pigeau, lib. 2, part. 4, tit. 1, cap. 1, sez. 4, art. 13, n. 4, §. 3, il quale invoca in sostegno della sua opinione gli art. 499, 501, e 502; ma tutti gli altri scrittori non adottano siffatta opinione se non quando i mezzi di ricorso per ritrattazione non sono essenzialmente ligati col merito della controversia; se, per esempio, non furono osservati degli atti di procedura prescritti a pena di nullità; se siasi pronunziato sopra cose non dimandate. — All' opposto se il ricorso per ritrattazione è fondato sopra motivi nascenti dal merito, il che accade allorquando un minore pretende non essere stato validamente difeso, ovvero se si presenti un documento decisivo ritenuto col fatto dalla parte avversa, oppure se trattasi di un documento falso; siccome, in ogni caso, il merito del rescindente non può decidersi senza che si esamini nel tempo stesso il rescissorio, val dire, il secondo, così gli scrittori opinano, e noi con essi, essere contrario allo spirito della legge ed alla ragione, di pronunziare con due sentenze separate, poichè sarebbe lo stesso di aumentare le spese e la durata del procedimento senza alcun vantaggio. — Sotto un tal rapporto si può segnatamente consultare Lepage, pag 338; Favard de Laglade, tom. 4, pag. 899; Thomines Desmazures, tom. 1, pag. 752, Dalloz, tom. 11, pag. 711.]

ART. 503 + 567.

[1799 bis. *La sentenza sul ricorso per ritrattazione pronunziata in contumacia è forse suscettibile di opposizione?*

Boncenne, tom. 2, pag. 243, stabilisce questa quistione, ed opina *non poter cadere alcun dubbio sull' affermativa.*

Noi dividiamo la sua opinione, fondandoci come lui sul motivo che, eccettuate le regole specialmente applicabili al procedimento del ricorso per ritrattazione, dovrà del resto osservarsi il dritto comune.]

TITOLO III.

Della presa a parte.

ART. 505 + 569.

[1801 bis. *Il mezzo della presa a parte compete anche contro gli arbitri forzosi, in materia di società di commercio?*

» Si, poichè questi ultimi, quantunque » nominati dalle parti, dice Boncenne, *Trattato delle sentenze*, tom. 2, pag. 387, costi» tuiscono benanche, rispetto alla causa di so» cietà commerciale ad essi sottomessa, un » vero tribunale temporaneo, che rimpiazza » nel titolo il tribunale di commercio, e pro» nunzia anche all' esclusione di esso; epperò » essi sono veri giudici, ed hanno un carat» tere pubblico. » Laonde compete contro di essi il rimedio della presa a parte, siccome fu ritenuto da una decisione della corte di cassazione citata da Carrè, nella nota alla quistione 504, e siccome opinano Thomines Desmazures, tom. 1, pag. 756, Dalloz, tom. 11, pag. 345, e Favard de Langlade, tom. 4, pag. 532.

Ma noi avvisiamo collo stesso Boncenne, *loco citato*; che vale altrimenti per gli arbitri volontari. Essi non hanno altro carattere ed altra facoltà se non quella loro concessa dalle parti, val dire un carattere ed una facoltà meramente privata.

Per conseguenza non possono essere presi a parte, dicono gli autori del pratico francese, tom. 5, cap. 5, pag. 402. Che se rifiutano di decidere, bisogna agir contro di essi innanzi ai tribunali con azione ordinaria e sono condannati ai danni ed interessi; e laddove siavi stato dolo nella loro sentenza, compete l'azione ordinaria per dolo contro di essa, ed anche contro la parte avversa, ove sia stata complice.

È questa la opinione di Thomines Desmazures, *ubi supra*.]

[1801 ter. *I cancellieri dei tribunali possono essere presi a parte?*

No, diremo noi, per massima, con Thomines Desmazures, t. 1, pag. 756, Favard de Langlade, tom. 4, pag. 533; e con Poncet, t. 2, pag. 585 e seg. Difatti i cancellieri dei tribunali non sono magistrati nè funzionarj agenti del governo, che possono, prevaricando, compromettere l'onore, la fortuna o la libertà dei cittadini. Essi non hanno che la semplice qualità di uffiziali ministeriali, nè altro fanno che scrivere sotto la dettatura dei giudici; e se si è voluto soggettarla ad una multa ed al pagamento dei danni ed interessi verso le parti, per le mancanze o delitti commessi nell'esercizio delle loro funzioni, non si comprende come possa esser necessario di ottenere una autorizzazione preliminare per agire contro di essi a causa di queste stesse infrazioni, Cassaz. 25 dicemb. 1807 (*G. de P., t. 14, p. 503*), e partendo dal principio che sieno soggetti alla presa a parte.

Nulladimeno il codice d'istruzione criminale formalmente dichiara che possano esser presi a parte, allorchè la minuta della decisione o della sentenza non sia stata sottoscritta fra le 24 ore dai giudici che l'avranno pronunziata (*art.* 164 *e* 370), ed in questo caso non potrebbe rivocarsi in dubbio la necessità di eseguire il testo preciso della legge.

Ma da parte questa innovazione che deroga all'antica legislazione, e che sarebbe difficile di giustificare con buone ragioni, siccome molto giudiziosamente fa osservare Favard de Langlade, i motivi su'quali ci siamo fondati sembranci perentori]

[1804 bis. *Una parte è forse ammissibile a presentar reclamo alla corte reale, ad oggetto di prendere a parte un tribunale di prima istanza per causa di sospetto legittimo, abbenchè questa specie di ricusa non si trovi nel novero dei casi compresi nel tit.* 3 *del lib.* 4, *del codice di procedura civile?*

No, poichè se la corte di cassazione decise che il rigor dei princìpi legali era tale che non si potea, anche nel caso di grossolano errore (*vedi la quist.* 1805), decidere per analogia, a maggior ragione non potrà concedersi ad un tribunale la facoltà di arrogarsi il dritto di aggiungere alla legge.

Laonde noi crediamo che una tale decisione oltrepasserebbe i limiti del potere giudiziario, malgrado la dichiarazione contraria di una decisione della corte di Orleans dei 14 giugno 1822 (*G. de P., tom.* 18, *p.* 541), i cui principi Colas Delanoue non può far di meno di censurare, indirettamente, quantunque sia concorso nella detta decisione.

Giova far osservare, con Thomines Desmazures, t. 1, p. 760, che qualunque scrupolo si facesse un magistrato per non giudicare, anche malamente fatto, non costituirebbe affatto contro di lui un motivo di presa a parte; ma bisogna che vi sia del dolo, poichè soltanto allora vi ha denegata giustizia, e che, nel caso contrario, il litigante ha la facoltà di ricorrere per far dichiarare irregolare la ricusa o dimandare altri giudici, il che è molto più conveniente ai suoi interessi ed alla dignità della magistratura.]

[1807 bis. *Per far pronunziare i danni ed interessi contro al giudice, la parte è libera di avvalersi dei rimedi ordinari o della presa a parte?*

Per sostenere che la parte possa ricorrere contro il giudice pei danni ed interessi, avvalendosi de' mezzi ordinari, si dice che niuna disposizione di legge dichiara di non potersi agire contro il giudice se non mediante la presa a parte: che l'art. 505 del cod di proced. civile, dicendo che i giudici *possono* esser presi a parte, sembra lasciare alle parti la facoltà di prendere un'altro mezzo; che il procedimento indicato per la presa a parte è lungo ed imbarazzante, ed è di natura tale da esasperare il giudice pel chiasso che fa e per la conoscenza che subito se ne dà al tribunal superiore, mentre che una citazione per la concilazione potrebbe soventi volte bastare per far conoscere al giudice i suoi torti ed arrestare il giudizio. Ma questi motivi non ci sembrano fondati; e noi opiniamo con Lepage, pag. 345, Quist. 1, che la presa a parte è il solo mezzo di ricorrere contro un giudice pei danni ed interessi. Difatti non è necessario che una disposizione di legge dica che un giudice non potrà essere attaccato colla presa a parte, ma noi conveniamo che vi sono dei casi in cui non sarà necessario di prendere un tal mezzo; e saranno quelli che non sono compresi nell'art. 505, come quando si tratta di ricominciare a spese del giudice commissario l'esame nullo per col-

pa sua, come abbiam già altrove dimostrato. Ma pei casi di cui parla l'art. 505, non si può seguire altro mezzo che la presa a parte. Questo articolo dice che i giudici *possono* esser presi a parte. È questo un dritto creato a vantaggio delle parti, del quale esse son libere di usare oppur no; e non facendone uso, non possono crearsene un' altro. Il legislatore ha voluto garentire il giudice dagli attacchi inconsiderati che le passioni de' litiganti poteano suscitare; e non ha voluto che un magistrato potesse inopinatamente esser tradotto innanzi ad un tribunale inferiore: più di un litigante cupido avrebbe potuto rinvenire in un' attacco scandoloso una speculazione di danni ed interessi. Talune formalità protrettrici mettono in salvo il magistrato, epperò colui che vuole agire bisogna che ne ottenga l' autorizzazione. Allorchè sarà conosciuto questo primo atto del magistrato, si potrà attendere gli stessi vantaggi che si hanno dallo sperimento di conciliazione, procurando, se la dimanda del litigante è fondata, di riconoscere i suoi torti, e di prevenire un dispiacevole giudizio. Per la qual cosa noi crediamo che la dignità dei magistrati, e l'interesse medesimo delle parti esiga che la dimanda dei danni ed interessi non possa esser formata che colla presa a parte.

La nostra opinione, divisa da Favard de Langlade, t. 4, p. 534, da Poncet, t. 2, pag. 395, e da Dalloz, t. 11, p. 346, si appoggia d' altronde; a prescindere da una decisione di Bourges del 6 marzo 1807 (*G. dei P. t.* 13, *p.* 88), sopra due arresti della corte di cassazione del 7 giugno 1810 (*G. dei P., t.* 12, *p.* 188), e 25 agosto 1825 (*G. dei p. t.* 30, *p.* 165); e segnatamente l' ultima la consacra in un modo formale].

ART. 511 + 575.

[1815. bis. *Nel caso in cui la parte non può sottoscrivere, può forse il patrocinatore incaricato di presentare il ricorso dichiarare in fine di esso che il suo cliente è nella impossibilità di sottoscrivere?*

No senza dubbio; l' art 511 è preciso, e bisogna che il ricorso sia sottoscritto dalla parte o da un procuratore *autentico* e *speciale*, il che appunto abbiam noi deciso infatto di disapprovazione e di ricusa. Vedi il tom. 1, n. 195 e quello che insegnano inoltre Demiaux Crouzilhac, pag. 359 e Dalloz, tom. 11, pag. 345. (*Vedi del resto Lepage, pag.* 317, 1. *quist.*)]

[1815 ter. *La ricusa diretta contro tutt' i componenti di un tribunale, è forse inammissibile, laddove non sia prodotta nel modo prescritto in materia di presa a parte?*

Noi abbiam risoluta negativamente questa quistione, sotto l'art. 368, quist. 1337.]

ART. 513 + 577.

[1815 quater. *Le parti le quali non figurano nel ricorso di presa a parte, ma che: oggiacciono ad un ritardo nella procedura, possono intervenire nella dimanda per ottenere i danni ed interessi colla stessa sentenza che rigetterà la presa a parte?*

Pigeau, Comm, tom. 2, pag. 111, opinà doversi ritener la negativa, poichè, egli dice, pria della sentenza su questo ricorso di presa a parte, la loro dimanda è prematura; perciocchè, o il ricorso sarà ammesso, ed in tal caso le parti dovranno intervenire soltanto nel giudizio di presa a parte, o il ricorso sarà rigettato, ed allora essendo chiaro il danno da esse sperimentato a causa del ritardo, potranno dimandare i danni ed interessi con una dimanda incidente. Noi adotteremmo in questo caso l' intervento sottomettendolo, rispetto alle spese, alle regole che abbiamo sviluppato nel titolo dell' intervento; *Quist.* 1170.]

[1815 quinquies. *Dal perchè la querela del litigante contro il giudice è di competenza della corte reale, si può forse dedurne da ciò che il giudice oltraggiato a causa delle sue funzioni, sia con lettere, sia con libelli, potrebbe parimenti, se non volesse prendere la via correzionale ottener dalla corte il permesso di tradurre il litigante innanzi ad essa per motivi civili?*

No, diremo con Thomines Desmazures, tom. 1, pag. 163, nulla indicando nella legge la esistenza del dritto reciproco che verrebbesi a crear qui, a favore del giudice; ma potrebbe *intervenire* nel giudizio di presa a parte, come ogni altro giudicabile che essa indirettamente offenderebbe (*vedi la precedente quistione*), per ottenere i danni ed interessi in soddisfazione dell'offesa ricevuta. In tal guisa opina Pigeau, Comm. tom. 2, pag. 111; e noi per conseguenza crediamo che se il giu-

dice volesse intentare un' azione *principale* di danni ed interessi, egli non potrebbe farlo che nel modo ed innanzi a' tribunali ordinari.]

[1815 sexies. *Qual è il potere del giudice relativamente alla multa ?*

Siccome il motivo di decidere è qui lo stesso che per l' art. 279 , noi ci rontentiamo di riportarci alla nostra quistione 1734.]

Art. 514 † 578.

[1816 bis. *La dimanda da presentarsi alla corte di cassazione, sez. de' ricorsi, per essere autorizzato a prendere un giudice a parte, deve forse preliminarmente notificarsi a questo magistrato , ai termini dell' art.* 514 ?

Una decisione dell' 8 termidoro , anno 11. (*Giorn. de' P.. tom.* 18, *pag* 536) avea ritenuta l' affermativa , sotto l' impero dell' art. 567 del codice di brumajo, anno IV, ma ragionevolmente Thomines Desmazures , t. 1 , p. 754, dice non essere necessario di comunicarsi il ricorso preliminarmente al giudice , non ammettendo le disposioni del codice, di procedura alcun'altra interpetrazione. Tal'è benanche il procedimento che si siegue innanzi la corte di cassazione , non chiamandosi mai il giudice avanti la camera de' ricorsi.]

[1816 ter. *È necessario forse che il giudice preso a parte sia citato a comparire innanzi la corte con un atto separato ?*

Noi crediamo di no, fondandoci a tal rignardo sul silenzio del codice e della tariffa. Pertanto ; dirassi , è necessario una citazione perchè il giudice sappia in qual giorno debba comparire : ciò è vero, ma perchè non si farebbe la citazione collo stesso atto di notificazione della decisione e del ricorso ? In tal guisa appunto vuole la legge che si proceda in materia di competenza giurisdizionale : or vi ha fra i due casi una perfetta analogia , e noi ce ne avvalghiamo. Aggiungiamo che l' uso è uniforme a questa opinione. Ne siegue da ciò che una citazione fatta al giudice preso a parte , *con atto separato* , non deve entrare in tassa , neanche per coloro che ne avessero anticipata la spesa. Noi possiamo qui , come per la precedente quistione, poggiarci sulla procedura tenuta innanzi la Corte suprema]

[1817 bis. *In qual modo può farsi pronunziare la nullità stabilita dall' art.* 514 ?

Se la presa a parte è diretta soltanto contro un giudice, ed il tribunale che ha pronunziata la sentenza sia ancora in numero sufficiente , si potrà ricorrere innanzi ad esso per far pronunziare la nullità , laddove competesse il mezzo di opposizione ; altrimenti sarà d' uopo adoperare l' appello o il ricorso civile, secondochè la sentenza sarà in primo o in ultimo grado di giurisdizione. Che se lo stesso tribunale non può pronunziare per non essere in numero , bisognerà ricorrere innanzi la Corte di cassazione; il che appunto dicono Pigeau , comm. tom. 2, pag. 112 , e Delaporte, tom. 2, pag. 92; ma Berriat-Saint Prix, pag. 471 , nota 23 , n. 2 , critica su questo punto l' opinione di Pigeau, dicendo che il dolo è assimilato al prevaricamento , e che se la parte non è complice del giudice, verificasi il caso di ricorrere in cassazione , poichè entra nelle attribuzioni di questa Corte di annullare gli atti ne' quali i giudici han prevaricato. — Vi ha forse prevaricamento sol perchè il giudice preso a parte non siasi astenuto di giudicare , nel caso dell' art.514 ?]

[1818 bis. *Il giudice , sulla notificazione del ricorso , deve forse costituire un patrocinatore ?*

L' art. 514 facendo correre il termine di otto giorni , per notificar gli atti di difesa dal giorno della notificazione del ricorso , sembra che il giudice non debba costituir patrocinatore; frattanto le sue difese debbono essere notificate con atto di patrocinatore. Ed in quest' atto si fa nel tempo stesso la costituzione. Tal' è la opinione di Delaporte , tom. 2 , pag. 93 e di Demiau Crouzilhac , pag. 356. Il giudice *preso a parte* diviene *parte* , poichè non vi ha per lui alcuna eccezione ; e quindi per comparire innanzi ai tribunali , deve uniformarsi al preliminare imposto a qualunque litigante.

Tal' è benanche l' avviso di Dalloz , tom. 11 , pag. 346.

Ma noi crediamo , con Thomines Desmazures , tom. 1 , pag. 765, che il termine di otto giorni prescritto al giudice per presentare le proprie difese, non è fatale ; chè evidentemente lo sarebbe ancor meno pel suo erede (*vedi la quistione* 1803) , e che non vi ha alcun dubbio che la Corte debba concedergli tutt' i termini necessari , ed agevolargli tutt' i mezzi di giustificazione. (*Vedi ancora la quistione* 1817).]

1820 bis. *Qual è la durata dell' azione di presa a parte ?*

La soluzione della presente quistione si liga intimamente ; per la natura stessa della presa a parte , a quella di conoscere se l' azion civile si prescriva nello stesso termine dell' azion pubblica , epperò noi siamo naturalmente inclinati a dar qui la nostra opinione sopra una delle difficoltà più gravi che siansi mai ventilate in fatto di prescrizione.

È noto quali sono state , a tal riguardo, le variazioni della Corte suprema , le cui diverse decisioni han potuto a vicenda servir di appoggio alle opinioni le più diametralmente opposte. Per lungo tempo parve ritenere che l'azion civile per riparazione di un delitto non fosse soggetta alla stessa prescrizione di un siffatto delitto , se non quando si fosse simultaneamente agito coll' azion pubblica ; e che, isolatamente esercitata , essa era regolata dalle norme della prescrizione ordinaria ; ma un recente arresto , in data del 3 agosto 1811 (*G. del dritto criminale* , *tom.* 13 , *pag.* 342 , *Devill.* 1811 , *tom.* 1 , *pag.* 753) , si è formalmente pronunziato per l' opposto principio , diggià sostenuto da Mangin, trattato dell'*azion pubblica e dell' azion civile* , tom. 2 , n. 363 a 369 ; e riportando quest' ultimo arresto , Morin ne approva la teoria : esaminiamo dunque fino a qual punto essa è fondata.

Ai termini degli art. 2 , 637, 638 e 640 del codice d'istruzion criminale, l'azion civile, fa d' uopo convenirne, si prescrive cogli stessi termini dell'azion pubblica.

Ma che cosa bisogna intendere con tali disposizioni ?

Bisogna forse dedurne che, in tutt' i casi in cui si tratta di un fatto punibile , gl' interessi della vendetta pubblica sieno sì strettamente ligati a quelli della riparazion privata, che per questa non possa giammai agirsi , dopo i termini che limitano l' esercizio della prima ?

Certamente che no , poichè giornalmente, e Magin stesso ne conviene, una parte civile interpone appello da una sentenza correzionale che ha assoluto l' imputato , e senza esser necessario di applicargli alcuna pena, fa pronunziare dal tribunale superiore;non ostante l'abbandono del ministero pubblico, le riparazioni civili risultanti dal delitto contestato.

Gli è vero che il nostro autore suppone, che l' appello sia stato prodotto dalla parte ne' termini della legge criminale ; ma riman sempre fermo che, avuto riguardo alla natura delle due azioni , la legge le ha create indipendenti l'una dall'altra , che gl' interessi i quali servon loro di molle sieno interamente distinti, ch'esse poggiano sopra due basi tutte diverse, e che nulla vieta in tal caso che esse possano scambievolmente sopravvivere l' una a l'altra.

Che se fosse altrimenti, la scelta lasciata alla parte offesa dall' art. 3 del codice d' istruzion Criminale fra l' azion Civile e la querela dedotta in linea Criminale o correzionale , sarebbe illusoria , siccome infatti la corte di cassazione decise in materia di delitto di stampa , ai 4 agosto 1841 (*Devill.*, 1841, *tom.* 1 , *pag.* 787), e svanirebbe la garentia generale accordata all' esercizio di ogni azion personale dall' art. 2262 + 2168 del codice civile.

Bisogna adunque conchiudere che la prescrizione regolata dagli art. 637 e seguenti del codice d' istruzione criminale è una prescrizione tutta particolare, che lascia intatti i principî del dritto comune.

Difatti facilmente si comprende che, nel caso previsto da questo articolo , l' azion civile occasionalmente accessoria all'azion pubblica ligasi irrevocabilmente alla sorte dell'azion principale e ne soggiace a tutte le conseguenze.

Ma allorchè l'azion civile è separatamente intentata, che il fatto punibile rimane ammortizzato , sia a causa della inazione , sia in conseguenza dell'abbandono della parte pubblica; che, in una parola, trattasi soltanto di una riparazione meramente civile , fondata esclusivamente sul danno cagionato ad un particolare , che cosa addivengono , si dice, i motivi di ordine pubblico , che determinano le disposizioni del codice d' istruzion criminale ?

In questo caso il fatto punibile non è più l'origine dell' azione ; ma essa trova la sua sorgente nel fatto dannoso soltanto , soggetto all' applicazione dell' art. 1382 + 1336 del codice civile. Epperò bisogna dedurne la conseguenza che la prescrizione ordinaria regola la durata dell' azione. Magin lo riconosce indirettamente, allorchè dice che la prescrizione non dipende affatto dalla natura della giurisdizione, innanzi la quale è dedotta l' azione , ma dalla *natura dell' azione medesima;* ecco i veri principî , diremo noi a nostra volta ; e questo saggio scrittore soggiace alla loro influenza , allorchè insegna, secondo il suo modo di vedere,

che la prescrizione non applicasi se non alle sole riparazioni civili che nascono da un delitto; ma che essa non si estende alle azioni che risultano da un *contratto preesistente*, ancorchè il delitto provvenga dalla violazione di esso.

« Difatti, egli dice, citando l'esempio di un contabile mal versatore del pubblico danaro (art. 169 del codice penale), prima dell'involamento del danaro affidato, esisteva un contratto di diritto civile ch' erasi formato colla percezione delle cose ricevute; questo contratto dava luogo ad un'azione per la ripetizione, la cui durata era stabilita dal diritto civile; nè il delitto o il misfatto del debitore della obbligazione ha potuto cangiare questo contratto, *alterare il dritto del creditore, e ridurre la durata del tempo durante il quale poteva esercitarlo*. Se la cattiva fede ha cagionato un danno diverso da quello che risulta dalla perdita della cosa affidata, non potrà agirsi per la riparazione se non durante il tempo prescritto dal codice d' istruzione; ma l'azione per la ripetizione ha il suo principio *altrove*; esso sta nel contratto che ha preceduto il delitto, e non già nel delitto medesimo, poichè l' azione esisteva prima di lui. » Donde Mangin, *ubi supra*, n. 368 in reassunto conchiuse: che bisogna aver per fermo che la prescrizione stabilita dalle leggi criminali non è applicabile alle azioni civili, se non quando tali azioni hanno *realmente* per base un misfatto, un delitto o una contravvenzione. »

Questa eccezione, che sembra strana non appena si rigetta per principio la distinzione dell' azione pubblica e civile, è stata senza dubbio suggerita a Mangin, con un' arresto della corte di cassazione de' 25 gennaio 1822 (*G. de' P.* 3.ª *ediz.*, *t.* 17, *pag.* 55), arresto malamente interpetrato, secondo questo scrittore, da Bourguignon, Giurisprudenza del codice criminale, t. 2, p. 539, e da Carnot, comment. sul codice penale, t. 1, p. 52, che insegnano una opinione uniforme alla nostra.

Ma non è agevole forse rispondere che una sì grave eccezione non è giustificata dal testo dell' art. 637, più che non sia giustificata la regola contro la quale si rigorosamente si oppone la detta eccezione?

Che difatti essa si poggia sopra considerazioni attinte dalla natura delle azioni meramente civili, fuori dei termini del dritto criminale?

E che, dal motivo che si pretende fondarla sopra un contratto anteriore al misfatto o al delitto, la riparazion civile potrebbe ancora avvalersi della esistenza del quasi contratto, riputato sopravvenuto fra la parte lesa ed il delinquente, nel tempo stesso in cui fu commesso il quasi-delitto, finzione legale sulla quale riposa il principio consacrato dell' art. 1382 + 1336 del codice civile?

La corte di cassazione, il 1 aprile 1813 (*Sirey*, *t.* 13, *p.*310), riconobbe che il tribunal competente per applicare la pena, era soltanto competente per dichiarare il fatto e la colpabilità; donde risulta che la prescrizione del codice d' istruzion criminale dovendo essere la conseguenza della dichiarazione del fatto, questo codice non può essere applicato dai tribunali civili, che sono incontrastabilmente incompetenti per applicare la pena; ma vi ha dippiù, la prescrizione in materia di misfatti e di delitti dev' essere ammessa di ufficio, il che non può aver luogo in materia civile.

Non potrebbe dirsi forse, che se per far decorrere la prescrizione del codice d' istruzion criminale contro l'azion civile, è indispensabile che il misfatto, il delitto o la contravvenzione, da cui essa origina, sia realmente comprovato, questa prova non sarà possibile ogni qual volta non siasi legalmente agito contro il fatto punibile, in forza del quale sarà esercitata l'azione per la riparazione?

Difatti, come riferire in questo caso la prova *reale* del carattere criminoso di questo fatto?

Il ministero pubblico, rimaso nella inazione, ha fatto decorrere la prescrizione; il giudice civilmente adito è materialmente incompetente; e la parte che non ha mai avuto la intenzione di agire contro il fatto criminalmente o correzionalmente non dimanda che una riparazione civile nel punto di vista esclusivo del suo interesse personale.

Resterebbe unicamente la parte delinquente; ma bisogna convenire, colla corte di cassazione, 26 marzo 1823 (*G. de' P.* 3.ª *ediz. t.* 2, *p.* 848), che essa non potrebbe aggravare i fatti e le circostanze, addebitandosi una turpitudine per isfuggire ad una condanna civile; e che se, per ottenere il beneficio di una prescrizione di tre anni, essa sostiene di aver commesso soltanto un delitto, l' attore dimanderà di provare esserci stato un misfatto, il che costituirà i tribunali civili in giudici di materie

criminali; e non sarebbe forse deplorabile di trovare in una sentenza pronunziata civilmente la qualificazione di un fatto che sarà in seguito da' tribunali ripudiato?

Laonde tutto tende a dimostrare, che più la distinzione fatta da Mangin è fondata in dritto, più ripugna ad essere circoscritta nella ristetta categoria eccezionale in cui non ha potuto far a meno di stabilirla, donde la conseguenza ch' essa costituisce una regola comune di prescrizione, ogni qual volta l' azion civile è intentata separatamente dall'azion pubblica, o che questa non sia stata mai prodotta, o che, dall'epoca in cui ha desistito il pubblico ministero, sieno già spirati i termini fissati dall'art. 637.

Del rimanente, la decisione dei 26 marzo 1829, invocata da Mangin in appoggio della sua teoria, non parci applicabile.

Nella specie decisa, trattasi di un creditore maggior offerente contro di cui un'altro creditore avea agito per la riparazione dei danni per aver dolosamente abbandonata la offerta maggiore. Or, com' è chiaro, l'azione diretta contro di lui non avea il suo principio in un contratto *preesistente*, tal che esige il sistema da noi combattuto; non eravi nemmeno un' obbligazione tacita per parte del maggiore oblatore, poichè la offerta maggiore non avea mai legalmente esistita, per mancanza di adempimento delle formalità necessarie per investire di un dritto certo gli altri creditori. La Corte di cassazione adunque si è quì pronunziata per un'altro motivo diverso da quello indicato da Mangin, e questo motivo è lo stesso di quello che l'avea già determinata nel 1822, e che la fece in seguito persistere, ai 17 dicemb. 1839 (*Devill.* 1840, *t.* 1, *p.* 454), nella teoria che l'azion civile esercitata isolatamente innanzi al magistrato civile è soggetta soltanto alla prescrizione ordinaria.

Stabiliti una volta questi principi, vediamo in che cosa possono influire sulla quistione di conoscere qual' è la durata della presa a parte.

I diversi fatti che le dan luogo e che sono numerati dall'art. 505+569 possono ridursi a tre categorie che li comprendono tutti; difatti, la presa a parte risulta a vicenda da un misfatto, da un delitto, o da ciò che noi chiamiamo una semplice controvenzione, commessa dal giudice nell' esercizio delle sue funzioni civili o criminali. Questa natura complessa dà luogo a delle necessarie distinzioni.

E primamente, per rispetto all'ultimo caso; cioè quello di una contravvenzione o omissione costituente un quasi delitto, ai termini dell' art. 1382 del codice civile, o degli art. 77, 112, 164, 271 e 370 del codice d' istruzion criminale, è chiaro che il fatto il quale ha prodotto un dauno, dando luogo soltanto ad esercitar l' azione per la riparazione meramente civile, ed il codice di procedura non ne avendo stabilita la durata, dispariscono del tutto le difficoltà elevate in occasione della concorrenza di quest' ultima azione con l' azione pubblica; ed in questo caso la presa a parte non sarà soggetta che alla prescrizione trentenaria.

Nulladimeno Poncet, t. 2, p. 398, adotta un'avviso diverso. Secondo lui, il silenzio del codice non escluderebbe ogni prescrizione limitata, e la presa a parte dovrebbe soggiacere ai termini dalla legge fissati per gli altri rimedi contro le sentenze. Questa opinione gli sembra indubitata, per la ragione, egli dice, che una sentenza non impugnata nei termini, secondo i mezzi che le son propri, è *una sentenza alla quale si è prestata acquiescenza*; nel qual caso la presa a parte non è più applicabile a tale sentenza, ma al *giudice soltanto*.

Ma queste ultime espressioni non dimostrano forse, secondo lo stesso pensiere dello scrittore, che la presa a parte non potrebbe considerarsi come un mezzo di riforma contro le sentenze, ch' essa costituisce soltanto un ricorso personale contro il giudice prevaricatore, e che questo appunto è uno de'caratteri del tutto particolari che la distinguono?

Or, s' è così, come stabiliremo qui appresso, alla *quist.* 1823 *quater*, perchè occuparsi a conoscere se siavi stata oppur no acquiescenza a tale sentenza, per aver mancato di agire nei termini richiesti? Trattasi qui forse di far riformare una sentenza o di ottener una legittima riparazione? Certamente bisogna arrestarsi a questa seconda parte: l'autorità della cosa giudicata non trovasi affatto in quistione; ma soltanto l' interesse personale, con azione semplice e diretta, dimanda un compenso del danno ricevuto per causa del giudice. Per lo che in quest'ultimo caso che dà luogo alla presa a parte, non vi ha dubbio che l' azione di presa a parte va soggetta soltanto alla prescrizione generale delle azioni personali.

Ma vale forse lo stesso nei due primi casi,

val dire allorchè il fatto che ha prodotto un danno al particolare provochi benanche la pubblica vendetta?

Qui ricompariscono le objezioni relative alla influenza dell' azion pubblica sull' azion civile, e con quelle le risposte che noi vi abbiamo fatte, avendo or ora stabilito che la presa a parte costituisce realmente un' azione.

Nulladimeno non bisognerebbe ingannarsi sul carattere proprio a quest' azione, costituito in un modo particolare, e sottomesso a regole di competenza che ne fanno un mezzo di reclamo interamente separato. Indubitatamente, sebbene classificata sotto la rubrica dei mezzi straordinari contro le sentenze, essa non è, propriamente parlando, un motivo di rivocazione; ma può divenirlo in un modo indiretto, dando essa stessa adito all' esercizio di altri rimedi, non appena il fatto che le serve di fondamento sia stato legalmente comprovato. Tale sarebbe la specie in cui il giudice avesse pronunziato, senza esserne stato richiesto, l' arresto personale in materia civile, fuori de' casi dalla legge previsti; vi sarebbe allora *ultra petita* ed adito al ricorso per ritrattazione.

D' onde siegue che la presa a parte costituisce sempre un' azione separata, *sui generis*, il cui carattere particolare ripugna a potersi mai considerarla come accessoria ad un' azione principale, ancorchè pubblica, e come potendo trovarsi per caso soggetta alla prescrizione eccezionale degli art. 637 e seg. del codice d' istr. crim.

Altrimenti, bisognerebbe ammettere che, a seconda essa risulterebbe da una infrazione alle leggi criminali o da una semplice contravvenzione alle leggi civili, rimarrebbe prescritta con termini diversi, il che è chiaramente contrario a tutt' i principî del dritto, i quali stabiliscono che la regola di prescrizione risulti dalla natura stessa dell' azione. E all' indarno direbbesi, che nel caso in cui il fatto punibile costituisce un delitto o un misfatto, sarebbe ingiusto di assoggettare il magistrato, contro di cui si procede, ad una risponsabilità più lunga di quella assegnata all' azion pubblica dagli articoli 637 e 638, imperciocchè, indipendentemente da quanto ora abbiam detto sulla impossibilità logica di fare della presa a parte un azione accessoria, l' anomalia sarebbe molto maggiore se la durata della prescrizione dovesse misurarsi in ragione inversa della gravezza del fatto contro di cui si agisce, val dire se avendo trent' anni per agire contro il giudice a causa di un quasi delitto, la parte offesa non ne avesse che tre o dieci, per la riparazione di un delitto o di un misfatto.

Gli è vero che Thomines Desmazures, tom. 1, pag. 758, il quale opina a favore della prescrizion limitata, ad esempio di Ponçet, ne inferisce in conchiusione che l'azione di presa a parte fondata sopra un quasi delitto non può durare più lungo tempo di quello che dura per un vero delitto, poichè i giudici, egli dice, non sono garanti degli errori che commettono, e sarebbe assurdo di agir contro essi o contro i loro eredi durante trent' anni.

Ma la stranezza di una tal conseguenza è degna di questo sistema: essa rovescia infatti le più elementari nozioni del dritto, tanto sul principio genenerale della riparazione legittimamente dovuta a chiunque riceve un pregiudizio (art. 1382 † 1336 del codice civile), che sulla natura particolare della presa a parte.

Certamente, noi diremo collo stesso scrittore, i giudici non potranno essere risponsabili di una semplice colpa, di una negligenza, di un errore involontario, troppo spesso inerente alla debolezza dell'umana ragione; ma ne siegue forse che la loro qualità di magistrato debba esentarli dalla regola comune? L'art. 506 † 570 dimostra apertamente il contrario, ed è universalmente riconosciuto che, oltre ai casi previsti e quelli in cui il codice d'istruzion criminale pronunzia la pena della presa a parte, i giudici possono essere attaccati per lo stesso mezzo, in molte circostanze in cui la legge li rende risponsabili di un dato fatto o negligenza sotto pena de' danni ed interessi.

Bisogna adunque aver per fermo che una azione la quale, da una parte, ha sempre il suo principio in un fatto punibile, come tutte le altre, ma che d' altronde rimane nulladimeno soggetta a regole particolari di competenza, le quali invincibilmente si oppongono affinchè in un gran numero di casi essa possa intentarsi innanzi agli stessi giudici i quali conoscono dell' azion pubblica, è essenzialmente distinta da quest' ultima, abbenchè in apparenza alcune delle cause da cui essa derivasembrano attaccarvisi accessoriamente, che non può sostenersi il contrario, con Thomines Desmazures, *ubi supra*, senza sottometterla nel

tempo stesso a tre o quattro prescrizioni diverse, e senza violare in conseguenza le regole fondamentali in materia di prescrizione; che allora, ed anche a causa di questa natura complessa, la quale autorizza a risguardarla come un mezzo di reclamo mediato contro le sentenze, o come un azione personale diretta contro il giudice, essa non può cadere sotto la sanzione dell' art. 637 del codice d' istruzion criminale, il quale, secondo noi, non ha fatto altro che regolare il caso in cui l'azion civile, simultaneamente esercitata coll'azion pubblica, deve soggiacere nella sua qualità di accessoria a tutte le vicissitudini dell' azion principale.

D' onde l' ultima conseguenza che la presa a parte, su' termini della quale il legislatore non si è spiegato affatto, non è soggetta, per questa stessa ragione, se non alla prescrizion ordinaria delle azioni civili, val dire alla prescrizione trentenaria.

Dalloz, tom. 11, pag. 345, si pronunzia per la stessa opinione.]

ART. 516 + 580.

[1823 bis. *Il giudice preso a parte illegalmente potrebbe seguitare a conoscere della causa?*

Che no, direm noi con Thomines Desmazures, t. 1, pag. 766, ed argomentando dall'art. 390+483, laddove siasi costituito attore pei danni ed interessi; ma nel caso contrario, val dire, se egli non ha prodotto alcun reclamo, sembra non esservi alcun dubbio per l' affermativa.]

[1823 ter. *Può forse un tribunale; dichiarando inammissibile la presa a parte esercitata contro un arbitro forzato, astenersi nulladimeno di condannare l'attore alla multa fissata dall' art. 516?*

Fu ritenuta l' affermativa dalla corte di Limoges, il 1. agosto 1814 (*G. de' P. tom.* 18; *pag.* 510) per la ragione che l art. 516 essendo una conseguenza necessaria delle precedenti disposizioni, e queste disposizioni non potendo essere invocate da colui che dirige una procedura di presa a parte contro arbitri forzati, ne seguirebbe di non potersi applicare in questo caso all' attore, la cui dimanda di presa a parte fu rigettata, la multa da questo stesso articolo comminata.

Ma, oltre che quest' argomento poggia sopra errori di principi, poichè gli arbitri creati dagli art. 51 e 64 del codice di commercio, sono veri giudici, siccome fu formalmente stabilito da un arresto di cassazione, pronunziato sopra una decisione da noi già citata, in data de' 7 maggio 1817 (*vedi la quist.* 1801 *bis*, *e Devill.*, *collez. nuova*, *tom.* 5, *pag.* 315), ed il famoso arresto Parquin pronunziato in udienza solenne ai 12 maggio 1828, sulle uniformi conclusioni del procurator generale Dupin (*G. del dritto crim. tom.* 10, *pag.* 133 ; *Devill.* 1838, *tom.* 1, *pag.* 398); sembraci che, anche ammettendo il contrario, non ne risulterebbe meno evidentemente la negativa, argomentando dall'art. 513 + 577, il quale pronunzia parimenti la multa di 330 franchi pel caso in cui il *ricorso è rigettato*, val dire nel caso in cui la corte dichiari semplicemente di non essere ammissibile. E quindi, sotto questo duplice rapporto, non potrebbe cadere alcun dubbio sulla negativa.]

[1823 quater. *La sentenza a causa della quale il giudice sarà stato dichiarato legalmente preso a parte sussisterà forse, o all' opposto potrà essere rivocata?*

Quantunque la presa a parte sia classificata sotto la rubrica generale *de' mezzi straordinari per impugnare le sentenze*, non ne siegue però, diremo con Carré (*vedi il preliminare all' art.* 505), che questo mezzo, siccome il ricorso per ritrattazione o la opposizione di terzo, costituisca un reclamo contro la sentenza ad oggetto di farla ritrattare. Essa non ha altro risultamento, allorchè è ammessa, se non quello di sottomettere il giudice prevaricatore alla riparazione *personale* del danno da lui cagionato; ma la sentenza sussisterà sempre rispetto a colui che l' ha ottenuta, e non può perdere, senza essere stato inteso, il benefizio della cosa giudicata.

Or niun carattere di tal genere incontrasi negli altri mezzi di ricorso straordinario contro le sentenze, e poco importa, dopo ciò, la obiezione che una condanna di danni ed interessi potrebb' essere renduta illusoria dalla impossibilità di farsi pagare; e che sarebbe ingiusto che una parte traesse profitto dalla iniquità del giudice convinto di aver pronunziato per favore o per odio. Questi motivi, per quanto gravi essi sieno, non potrebbero, secondo noi, fare ammettere che la presa a parte contenesse in se la forza d' indebolir meno

mamente la sentenza dalla quale essa ha avuto origine. Per massima, essa costituisce soltanto un'azione personale e diretta contro i giudici prevaricatori o soggetti ad una riparazione civile (*art.* 5 *e* 928† 107 e 104 *del cod. di procedura civ. art.* 2003 *del codice civ.*); verso la parte pregiudicata; azione il cui esercizio non è soggetto ad un procedimento tutto particolare, che in ragione delle alte funzioni di coloro che la legge ha dovuto nulladimeno permettere di attaccare; e a quest'ultimo titolo soltanto, quest'azione si è trovata compresa nel numero de' mezzi straordinari per rivocar le sentenze.

Ma, sotto un altro punto di vista, e se si riguarda la natura delle diverse cause che determinano questo modo particolare, bisogna dire che la parte offesa potrà, astrazion fatta dalla riparazione pecuniaria imposta al giudice, impugnar la sentenza, non già in virtù, ma piuttosto a causa della presa a parte, e perchè le medesime ragioni che avran motivato quest'ultimo mezzo potran parimenti dar luogo, sia all'appello, sia al ricorso per ritrattazione; ed in questo senso Carré, la cui opinione è ancor qui uniforme alla nostra, qualifica la presa a parte di *attacco indiretto* contro la decisione pronunziata dal giudice prevaricatore.

Per la qual cosa esaminiamo quali possono essere, sotto quest'ultimo rapporto, i mezzi competenti alla parte.

Pigeau, tom. 1, pag. 799, stabilisce a tal riguardo delle distinzioni che noi adottiamo completamente.

Dopo aver detto che ove siavi complicità della parte che ha vinta la causa, la sentenza sarà soggetta all'appello o al ricorso per ritrattazione, secondo che sarà stata pronunziata in primo o in ultimo grado di giurisdizione, questo scrittore soggiunge che anche nel caso in cui, senza complicità della parte interessata a conservare la sentenza, il giudice avesse agito spontaneamente per soddisfare ad una passione particolare, si potrebbe ancora ricorrere per mezzo dell'appello o per mezzo della ritrattazione.

Noi però non dividiamo questo avviso; il dolo di un terzo, che sarebbe il solo esistente nella specie, non dà luogo ad un reclamo, siccome già dicemmo parlando del ricorso per ritrattazione, ed al bisogno troveremmo una nuova ragione di decidere nella moltiplicità stessa delle distinzioni alle quali Pigeau ha dovuto ricorrere, per eludere la forza dell'argomento.

Difatti può dirsi forse, siccome questo autore, che dal perchè il giudice fu dichiarato legalmente preso a parte a causa di dolo, concussione o frode, bisogna considerarlo come se non avesse partecipato alla decisione o alla sentenza, per giungere poi alla strana conseguenza che in questo caso non trovandosi più realizzato il numero de' giudici richiesti dalla legge de' 27 ventoso anno 8, si è ammesso a produrre appello o ricorso per ritrattazione, secondo che trattasi del primo o dell'ultimo grado di giurisdizione?

Ma sarebbe ciò un attribuire alla presa a parte un esorbitante effetto retroattivo; poichè la riparazione imposta al giudice non esiste che in virtù stessa della sentenza o della decisione che vorrebbesi rivocare, poichè essa non ha per iscopo che di compensare il danno risultante da tali sentenze; distruggendo le quali si farà scomparire lo stesso principio della presa a parte, di cui nulladimeno vorrebbesi utilizzare il benefizio legale, al di là degli effetti naturali che gli è dato produrre.

In altri termini, mentre che la esistenza della decisione o della sentenza sarebbe servita a legitimare l'azione pe' danni, ottenuto una volta questo risultamento, verrebbesi in seguito ad impugnare e distruggere questo titolo giudiziario al quale l'azione medesima dovrebbe la sua origine.

Epperò il sistema di Pigeau è fondato sopra una petizione di principi.

Conveniamo che quando il fatto il quale legittima la presa a parte costituisca parimenti, ma per se stesso, e *de plano*, un motivo di ricorso per ritrattazione, possa, dopo di essere riuscita la prima azione, dar luogo ad un mezzo di ricorso straordinario; per la ragione che la stessa presa a parte è un ricorso straordinario.

Ma non comprendiamo come, acquistato una volta il fatto, possa essere permesso di subordinarlo ad una serie di ipotesi, per fargli produrre in conchiusione un motivo di appello o di ricorso per ritrattazione che esisterebbe soltanto astrattamente, siccome può dedursi dal sistema adottato da Pigeau.

Poncet, tom. 2, pag. 402, va molto più

lungi dello stesso Pigeau, accordando alla presa a parte, ch'egli considera come mezzo di rivocazione, l'effetto di annullare tutti gli atti d'istruzione, e la sentenza che n'è stata la conseguenza, ed alla quale non si è prestata acquiescenza. Noi però abbiam già risposto a questo modo di risguardare la presa a parte.

Laonde crediamo che la influenza della decisione la quale ammette la presa a parte, non sarà assolutamente nulla, per quanto risguarda la sentenza per cui si è agito contro il giudice: ma questa influenza sarà soltanto indiretta, avuto riguardo agli effetti naturali della presa a parte, i quali, limitandosi sempre a colpire la persona del giudice, non possono in seguito reagire contro la sua ingiusta sentenza se non in virtù di altri mezzi di reclamo.]

LIBRO V.

TITOLO I.

Del modo di ricevere le cauzioni.

ART. 518 + 601.

[1827 bis. *La cauzione è forse ammissibile, quantunque gl'immobili su' quali trovosi infissa sieno situati nella giurisdizione di un'altra corte reale diversa da quella nella quale le parti sono domiciliate?*

Parci doversi adottare la negativa; la quale risulta; secondo noi, dal testo dell'art. 2019 + 1891 del cod. civile, da cui è prescritto soltanto che la lontananza degl'immobili offerti in garentia ne rende la discussione troppo difficile, spetta adunque al giudice di superiormente valutare, ne' diversi casi, la influenza che questa situazione de' beni deve esercitare sul rigetto o sull'ammessibilità della cauzione, siccome fu deciso dalla corte di Torino, 13 aprile 1808 (*G. de' P.*, *tom.* 6, *pag.* 546, *Devill.*, *collez. nuova*, *tom.* 2, *pag.* 379); e da quella della cassazione, 14 marzo 1838 (*G. de' pal. t.* 55, *pag.* 437, *Devill.* 1838, *tom.* 1, *pag.* 416), e siccome insegnano Thomines Desmazures, tom. 2, pag. 3, e Persil figlio, *Commentario della Offerta maggiore*, pag. 377, n. 464.

Vedi, del rimanente, perciò che risguarda le obbiezioni desunte dagli art. 2018 e 2023 + 1890 e 1895 del codice civile, la discussione sviluppata nella quistione 2183.

Diciamo ancora che ci sembra rientrare nella facoltà di un giudice il decidere se gl'immobili della cauzione possano essere ammessi, allorchè sono colpiti da una ipoteca legale indeterminata; potendo questa indeterminazione scomparire a fronte di soddisfacenti spiegazioni date dalla parte interessata. Laonde, sebbene la corte reale di Parigi abbia rigettata una cauzione presentata in questi termini, ai 20 marzo 1833 (*G. de' pal. tom.* 44, *pag.* 208, *Devill.* 1833, *tom.* 2, *pag.* 260), il tribunal della Senna decise il contrario ai 4 giugno 1840 (*G. de' P. tom.* 58, *pag.* 384).]

[1827 ter. *Si possono offrire in cauzione beni posseduti a titolo di enfiteusi?*

Certamente che no; poichè, siccome opina Delvincourt, *corso del codice civile*, tom. 3, pag. 257, il giudice non potrebbe prendere in considerazione degl'immobili su i quali il cauzionante ha un dritto essenzialmente risolvibile.

In tal modo fu deciso dalla corte di Colmar ai 31 agosto 1810 (*G. de' P. tom.* 6, *pag.* 553).

Vale lo stesso per l'usufrutto, diremo ancora con Prudhon, *Dell'usufrutto*, n. 18, sempre a causa dell'incertezza del suo valore.]

[1827 quater. *Il cauzionante la cui solvibilità è impugnata, è forse ammesso ad intervenire in giudizio per istabilire egli stesso la sua solvibilità?*

Una decisione della corte di Parigi, in data de' 15 aprile 1820 (*G. de' P, tom.* 6, *pag.* 574), decise la negativa, e noi crediamo che essa ha applicato i veri principî.

Difatti il cauzionante è un essere meramente passivo, il quale non è mai parte in giudizio, almeno in un modo attivo; nè ha alcuno interesse o qualità sufficiente per giustificare la sua solvibilità; si opporrà forse che gli si commette un'ingiuria allorchè si rivoca in dubbio la sua cauzione? Ma questo danno immaginario non potrebbe stabilire la legittimità di una pretensione che manca di fondamento, poichè egli ha consentito a questo esame, permettendo di essere presentato come cauzionante. D'altronde, e come fa giudiziosamente osservare Thomines Desmazures, t. 2, pag. 5, che insegna la nostra opinione, la procedura sommaria che ha luogo sull'incidente (*art* 520 + 603) esclude ancora qualunque idea d'intervento possibile per parte del cauzionante, epperò egli non

potrà agire, secondo che dichiara il citato arresto, che facendo delle produzioni in cancelleria. Vedi anche la nostra quistione 1270.]

ART. 519 † 602

[1828 bis. *La obbligazione deve sempre farsi in cancelleria ?*

Essa può farsi parimenti innanzi notaro, quando non è giudiziaria; val dire quando è *convenzionale* (vedi il preliminare al tit. 1.), *legale* (*ivi*), ovvero finalmente quando un cauzionante è dato in luogo di un altro cauzionante *convenzionale* o *legale*, divenuto insolvibile.

Pigeau, comm. tom. 2, pag. 121, divide questa opinione.]

[1829 bis. *L' obbligazione fatta in cancelleria dal cauzionante porta seco di pieno dritto la ipoteca giudiziaria su i suoi beni ?*

La soluzione affermativa di questa quistione risulta dalle ultime parole dell' art. 519. Dovendo l' obbligazione *eseguirsi senza sentenza, anche con l'arresto personale (vedi il n. precedente)*, come non sarebbe sufficiente, a maggior ragione, per autorizzar colui a vantaggio del quale è ordinata, a prendere un' iscrizione ipotecaria ? Queste parole *esecutiva senza sentenza* contengono tutt' i modi di esecuzione.

Rispetto alla natura dell' ipoteca medesima, basta il dire con Pigeau, comm. tom. 2, pag. 121, che essendo l'atto di obbligazione un atto giudiziario, esso conferirà necessariamente un ipoteca giudiziaria, secondo l'art. 2116 † del codice civile.

Tutti gli scrittori hanno stabilito come principio, senza credere essere necessario di svilupparlo, che la iscrizione ipotecaria era la necessaria conseguenza dell' obbligazione fatta in cancelleria; e noi crediamo inutile d' indicare separatamente ciascuna di essa; ma non obblieremo di far osservare che questa unanimità da un novello peso alla soluzione da noi adottata per la quistione 708 *bis*, in opposizione all'avviso di Toullier. (*Vedi la detta quistione*).]

ART. 520 † 603

[1830 bis. *Il termine impartito dal giudice per giustificare la cauzione è forse di rigore?*

No, poichè questo termine non essendo prescritto a pena di decadenza, la giustificazione della cauzione dev' essere ammessa, anche dopo spirato il termine; purchè però il cauzionante non abbia già fatta la sua obbligazione in cancelleria, nel qual caso la mancanza di reclamo per parte di colui a cui è stata regolarmente offerta, stabilisce contro di lui la presunzion legale di averla tacitamente accettata. Art. 519. (*Vedi il commentario* CCCCXXIV).

Non vi è alcuna divergenza tra gli autori su questo punto.

Ma è chiaro che non è lo stesso, allorchè il termine è stabilito dalla legge, come in materia di offerta maggiore. Art. 838 §. 4. della legge de' 2 giugno 1841. (*Vedi sopra, le nostre osservazioni sulla quistione* 1830).]

[1830 ter. *La obbligazione che un cauzionante giudiziario fa in cancelleria, pria di essersi pronunziato da un tribunale sulla sua solvibilità, porta seco la nullità dell' atto di cauzione?*

Noi crediamo di no, quantunque sia questo un modo di procedere irregolarissimo. L'effetto principale della obbligazione è quello di rendere il cauzionante personalmente solidale di tutti gl'impegni contratti dal debitore. Che cosa importa allora se, in conchiusione, il cauzionante sia stato giudicato ammessibile, e la sua solvibilità, e la solidalità della sua garentia siano state proclamate dal giudice posteriormente all'atto col quale egli pretese ligarsi rispetto a colui a vantaggio del quale fu presentata ? Questa inversione nell' andamento ordinario della procedura, in nulla cambia il merito delle cose; ma vi ha soltanto questa differenza, che invece di concedere al cauzionante contraddetto la facoltà di far l' atto di obbligazione in cancelleria, la sentenza di ammissione non ha prodotto altro effetto che ratificare l'esercizio preliminare che il cauzionante avea già fatto di questo dritto, dichiarando ch' egli riuniva tutte le condizioni richieste per agire in un modo legale.

Per lo che tutto si riduce ad una mera irregolarità di forma, e noi non crediamo che l'andamento ordinario dalla legge prescritto sia qui talmente di rigore, che la inosservanza di esso debba portar con se la pena della nullità dell' atto di cauzione.

Questa teoria fu consacrata con decisione della corte di Torino de' 28 maggio 1806 (*G. de' pal. tom.* 6, *pag.* 531 *e segu.*)

Ma la conseguenza di questa obbligazione prematuramente fatta, sarebbe ben diversa in

quanto risguarda il dritto d'impugnarla, avuto riguardo al termine nel quale la legge riserba questo dritto alle parti interessate. Sotto questo punto di vista non vi ha dubbio che l'atto in quistione sarebbe senza effetto per impedire a queste medesime parti d'impugnar validamente la cauzione offerta. Diffatti l'atto di obbligazione in cancelleria non esclude questo dritto, se non perchè implica sempre un decadimento nel quale, nella specie, non potrebbe incorrersi, poichè supponiamo che la contestazione abbia avuto luogo nel termine prescritto dall'art. 519. (*Vedi la quistione precedente* 1830 *bis.*)]

[1830 quater. *E' necessario forse che la obbligazione fatta uniformemente all' art.* 519 *sia notificata alla parte, a vantaggio della quale fu data la cauzione ?*

Noi crediamo di no ; dapprima perchè nè la tariffa, nè il codice ne parlano; e poi, non si scorge menomamente la necessità di un simile atto, segnatamente allorchè si considera che tale obbligazione non ha avuto luogo se non in virtù di una sentenza esecutiva, non ostante appello, nel caso di adesione o di non-contraddizione della parte avversa. Osserviamo pure che neanche l'art. 522 † 605 esige che questa parte sia citata all' atto di obbligazione, e che la tariffa non accorda alcun emolumento al suo patrocinatore per assistervi ; e ciò perchè difatti l' atto di obbligazione, allorchè la cauzione è stata ricevuta o non contraddetta, non è più che una semplice formalità.

Pertanto la tariffa del tribunale della Senna concede un dritto al patrocinatore per questo atto di notificazione, e fa entrare in tassa le spese cagionate dalla detta notificazione. Noi però non crediamo che tutte queste spese sieno autorizzate.]

[1830 quinquies. *In qual termine, laddove il giudice non l' abbia fissato, il cauzionante ammesso deve fare la sua obbligazione in cancelleria ?*

Abbenchè gli art. 519 e 522 † 602 e 605 serbino silenzio, crediamo che colui a favor del quale deve darsi la cauzione, potrebbe in questo caso, dopo un termine ragionevole, e dopo di aver costituito in mora la parte avversa, far stabilire questo termine essa stessa, e procedere in linea di esecuzione, secondo le circostanze.

Tal' è l' opinione di Thomines Desmazures, tom. 2, pag. 8.]

TITOLO II.

Del'a liquidazione de' danni ed interessi.

Art. 523 † 606.

[1833 bis. *Se la sentenza che fa dritto ai danni ed interessi non fu notificata pria della specifica de' detti danni, dev' esser notificata unitamente a detta specifica ?*

Si ; poichè questa sentenza è incontrastabilmente il primo ed il più importante di tutti i titoli che l' attore deve presentare in sostegno della sua specifica. Pigeau, tom. 1, pag. 531, e Demiau Crouzilhac, pag. 363, adotta la stessa soluzione.]

Art. 524 † 607.

[1840 bis. *Allorchè il convenuto ha fatto decorrere i termini fissati dall' art.* 624 *senza fare alcuna offerta, è più in tempo di farne, o deve forse limitarsi a contraddire la specifica senza nulla offrire ?*

No, sicuramente. Finchè non è pronunziata la sentenza contenente la liquidazione de'danni ed interessi, il convenuto può fare l' offerta, e la potrebbe fare anche in appello, non elevando l' art. 624 alcun mezzo d' inammissibilità contro di lui ; ma ben comprendesi che tutte le spese occasionate dal suo ritardo debbon cedere a suo carico.

Tal' è l'avviso di Favard de Langlade, tom. 2, pag. 178.]

TITOLO IV.

Del rendimento de' conti.

Art. 527 † 610.

[1844 bis. *E permesso di transigere sopra una dimanda di rendimento di conto ?*

È indubitato che i rendimenti di conto possono aver luogo all' amichevole, e l' art. 118 † 124 del codice civile implicitamente lo dice. Anche quando la legge crede dover circondare questa procedura di moltiplici garentie, ella desidera ancora che il mezzo della conciliazio-

ne sia dapprima seguita; (*Ved. l'art.* 473 † 395 *del codice civile*). L'art. 2045 †1917 del citato codice autorizzando qualunque convenzione o transazione che potrebbe passare tra le parti che usano de' loro dritti, nullameno permette evidentemente di terminare della stessa maniera tutte le difficoltà relative a'conti da darsi. Siffatta regola, la quale è generale, come fa osservare Pigeau, comm. pag. 125, soffre eccezione in due casi.

Il primo, allorchè trattasi di conti dovuti da' tutori a' loro pupilli divenuti maggiori, in riguardo allo esercizio della tutela, e su' quali non può intervenirvi valida transazione se non dopo l'adempimento delle condizioni stabilite nell'art. 472 † 395 del codice civile, o di quelle stabilite nell'art. 461†391, se trattasi di un minore emancipato, come decise la Corte di Rennes, il 24 agosto 1819 (*G. de'P. tom.* 18, *pag.* 702).

Il secondo, ch'è l'effetto della combinazione degli art. 791 e 1130 † 708 e 1084 del codice civile; in virtù de' quali è vietato una transazione fatta su di una successione non ancora aperta, il che accade quando, per esempio, un figlio dichiara voler ritenere la sua porzione avuta e rinunziare a dimandare il conto, a quello fra gli ascendenti sopravvissuti, della porzione della comunione della successione del premorente: una tale stipulazione sarebbe assolutamente nulla, in qualunque forma si producesse.]

[1844 *ter. Qual è la estensione e la forza dell' obbligo di render il conto, pria che la dimanda di rendiconto fosse portata in giudizio?*

È regolare distinguere tra i conti che posson doversi reciprocamente due o più parti; che sono in relazione di affari, e gli obblighi di un contabile, propriamente detto, il quale tiene il suo mandato sia dalla legge, sia da' tribunali, sia dalla volontà di semplici particolari.

Nella prima ipotesi, l'una delle parti, senza dubbio, può trovarsi debitrice dell' altra. Ma la conseguenza di questo fatto, anche avverato e riconosciuto da amendue le parti, produce semplicemente un'obbligazione che può, in concorrenza di una quota determinata, compensare ed annullare benanche una reciproca obbligazione. Così fu deciso ragionevolmente: 1. dalla corte di Rennes, il 29 agosto 1810 (*G. de' P. tom.* 18, *pag.* 675) che la compensazione delle somme dovute in conto corrente operasi giorno per giorno; 2. dalla corte di Bordeaux, il 18 marzo 1813 (*G. de' P. t.* 19, *pag.* 346), che non risulta da questo conto un titolo di natura tale da motivare gli atti di esecuzione su i beni di quello stesso che riconoscesi debitore. Queste regole sono applicabili per tanto tempo fino a che gli affari non saranno stati rispettivamente acclarati: finchè il conto non è dovuto, a nulla si è obbligato.

L'obbligazione cangia di natura, come facilmente comprendesi, allorchè trattasi di conti esigibili per parte di un mandatario o d'un amministratore. Dal momento che il conto è dovuto, val a dire allo spirar del termine fissato dalla legge, da' tribunali, o dalle parti, secondo i casi, il contabile è considerato come debitore, e se non soddisfa alla sua obbligazione, il creditore del conto può costringervelo.

Ma gli è forse aperta a tal riguardo una doppia via? In vece di produrre la sua dimanda in giudizio, colui al quale il conto è dovuto potrà, mettendolo semplicemente in mora, costituire il contabile debitore, e quest'atto basterà forse per attribuirgli i dritti di un creditore, per esempio quello del sequestro nelle mani di un terzo delle somme dovute al contabile? Ciò è quanto si avrebbe dritto a dedursi fino ad un certo punto dalla citata decisione di Bordeaux; e da un altra decisione della corte di Rennes, in data del 2 ottobre 1820 (*G. de'P. tom.* 18, *pag.* 711).

Nullameno non crediamo che sia così; la legge vuole che la dimanda di rendiconto sia portata in giudizio, per attribuirle i caratteri di un vero credito. In fatti, come vedremo in seguito, spirato una volta il termine fissato dal tribunale per questo rendiconto, senza che il convenuto siasi messo in stato di adempire al suo dovere, l'art. 534 † 617 autorizza il sequestro de' suoi beni fino alla concorrenza di una somma stabilita ad arbitrio da' giudici, anche coll' arresto personale.

La ragione di siffatta disposizione è facile a comprendersi; può accadere che colui il quale deve rendere il conto non sia debitore di una somma di denaro, e che trovasi benanche creditore dell' attore; tuttavia la sua negligenza o la sua ostinazione fa presumere il contrario, e giustifica la misura di rigore autorizzata dall' art. 534. Ma ciò basta perchè una misura di tal genere non sia ammessa se non quando è dalla legge richiesta, val a dire, allorchè il

colui al quale son dovuti; Amiens, 16 decembre 1825 (*G. de' P.*, *ediz.* 3.ª, *tom.*19, *pag.* 1046); nè potrebbesi dedurre l'opposto da una decisione di Rennes de' 27 aprile 1818. (*G. de'pal. tom.* 18 *pag.* 699), renduta in un caso tutto particolare.

Ciò che le parti posson reclamare nel loro interesse, è permesso a'giudici di prima istanza o di appello di farlo come mezzo d'istruzione, allorchè vogliono valutare esattamente lo stato delle controversie tra le parti ad una certa epoca; ma questo rendiconto ordinato incidentemente in un giudizio principale, non è a dir vero che una istruzione per iscritto, ed alle forme di quest' ultima procedura fa d'uopo riportarsi: effettivamente è impossibile ammettere che una semplice sentenza preparatoria di tal natura porti con se ipoteca su gl'immobili del reddente, ed autorizzazione di pegnorare i suoi beni, se egli non esegua nel termine stabilito, e sia esecutiva per lo pagamento della somma residuale: in una parola, veruna di queste prescrizioni create pel caso di un conto dovuto, di una obbligazione preesistente, la cui esecuzione è reclamata in giudizio, è applicabile allorquando questo rendiconto provviene dalla iniziativa del giudice che l' adottò come un mezzo per illuminarsi.

Queste ragioni sono precisamente invincibili, allorchè una corte è quella che pria d'informare, vuole illuminarsi. Le misure ch'essa ordina non debbon giammai apportar pregiudizio; poichè vi sarebbe allora rivocazione parziale, ed eccesso di potere.

Similmente a torto, secondo noi, la corte di Rennes, li 26 luglio 1820 (*G. de' P. tom.*18, *pag.* 709), ordinando un rendiconto, rinviò dinanzi un notaro le parti interessate; ella dovea fare allora ciò che fece in seguito; delegare un giudice, innanzi a cui si fosse proceduto, come di dritto, val a dire secondo le forme della istruzione per iscritto.]

[1844 sexies. *La sentenza che condanna una parte al rendiconto conferisce forse ipoteca giudiziaria sopra i suoi beni?*

Siffatta quistione è certamente nella materia la più dibattuta, e quasi tutti gli autori che hanno scritto sulle ipoteche, se ne sono più o meno occupati; l'affermativa adottata da Tarrible, *Repertorio*, alla parola *Ipoteca*, da Favard de Langlade, tom. 1, pag. 616, da Grenier, tom. 1, pag. 425, da Persil, quistioni, tom. 1, pag. 180, e da Thomines Desmazures, tom. 2, pag. 20, fu oppugnata da Pigeau, lib. 3. div. 6. n. 9. alla cui autorità Troplong, *Ipoteche*, tom. 2, n. 438, vi aggiunse la sua.

La corte di cassazione, il 21 agosto 1810 (*G. del Pal. edizione* 3. *tom.* 8, *pag.* 543; *Devill. nuova collez. t.* 3, *p.* 229) pronunziasi in favore della prima opinione, sul motivo che la condanna di rendimento di conto, implicitamente induce quella di pagare la somma residuale, se ne esiste, perciocchè amendue derivano da una sola e medesima obbligazione. Per la verità, il debito non è positivamente stabilito; ma l' art. 2132 permette di prender iscrizione in virtù di un credito indeterminato o di un dritto eventuale, e non vi ha distinzione ammissibile su tal oggetto tra l' ipoteca convenzionale e l'Ipoteca giudiziaria.

A ciò, gli autori che sostengono la opinione contraria, rispondono che l' art. 2132 non è applicabile, perciocchè se non altro bisognerebbe che vi fosse un credito a favor di colui al quale il conto è dovuto; or, nulla pruova che sia così, ed all'opposto può avvenire che, terminato l' appuramento de' fatti, il contabile trovisi creditore. Dunque, essi proseguono, interessa distinguere accuratamente tra la sentenza che ordina il rendiconto e quella che fissa la somma residuale, o il mandato esecutivo del giudice commessario, nel caso dell'art. 535. Allora solamente l' ipoteca sarà validamente presa; ma sino a quel momento, essa non potrebbe esistere.

Sembraci che i proseliti di quest'ultima opinione non ben ponderano il carattere della sentenza la quale ordina un rendiconto: il principio che, sino all'appuramente de' fatti, il contabile presumesi debitore, quivi riceve la sua applicazione. La sentenza che gli ordina di soddisfare a tale obbligazione costituisce, sotto questo rapporto, una vera condanna contro di lui; se basta che non abbia adempito nel termine fissato, perchè colui che ha dritto a ricevere il conto possa seqnestrare i beni che gli appartengono; per qual motivo, pria dello spirar del termine non sarebbe permesso a quest' ultimo di prendere ipoteca su gli stessi beni?

L' argomento che opponesi all' art. 2132 è forse di maggior consegnenza? Quest' articolo non parla solamente di crediti indeterminati, ma benanche di crediti condizionali, la cui stessa esistenza, è nella incertezza. Adunque, allor-

chè una sentenza riconosce un credito di tal natura, noi non vediamo perchè non ne risulterebbe una ipoteca giudiziaria, condizionale d'altronde come il credito cui trovasi annessa. Quello ch' è molto rimarcabile si è che Troplong, al n.438, ammette egli stesso la verità di questo principio, in ciò che riguarda le sentenze che impongono una obbligazione di fare una cosa, sul solo motivo che la loro inesecuzione va a risolversi in condanna di danni ed interessi; quì evidentemente l' ipoteca risulta da un dritto molto meno inerente alla sentenza di quello il quale conferisce la condanna di rendimento di conto.

L' opinione di questo autore non sembraci dunque ammissibile, e la giurisprudenza è canonerata in questo senso, poichè alla citata decisione del 21 agosto 1810, può aggiungersene un' altra della corte di cassazione del 4 agosto 1825 (*G. del Pal. ediz.* 3, *tom.* 19, *pag.* 774), e due decisioni, una di Lione, del dì 11 agosto 1809 (*G. del Pal. ediz* 3, *tom.* 7, *pag.* 767); l'altra di Colmar del 26 giugno 1832 (*G. del Pal. t.* 44, *p.*194; *Devill.* 1832, *t.* 2, *p.* 650), e quest' ultima con più chiarezza fa risultare la ipoteca anche da semplici sentenze preparatorie ed' istruzione le quali racchiudono il principio di una condanna, da quelle, per esempio, che ordinano uno sconto. La corte di Bourges, il 31 marzo 1830 (*G. del Pal. ediz.* 3ª, *tom.* 23, *pag.* 336) ammise nulladimeno una eccezione, relativamente a quelle sentenze che fan dritto ad una dimanda di rettificazione di conto, per omissione, o per doppio uso fatto. Egli è certo che una tale azione ha meno per iscopo di creare un dritto in favore di colui che l' intenta, che di sottrarlo a una parte delle sue obbligazioni; e precisamente non costituisce l' obbligo del rendimento di conti; ma basta ch' essa racchiuda il germe di un credito per produrre ipoteca giudiziaria, perchè la distinzione della corte di Bourges debba essere rigettata come mal fondata.

Si è ancora agitata la quistione di conoscere in qual maniera dev' esser presa la iscrizione affin di realizzare la ipoteca. Ma noi qui non ci occuperemo di tale difficoltà la quale ha unicamente relazione al codice civile.

1847 bis. *In qual modo debbono intendersi queste espressioni dell' art.* 527 e 610, I TUTORI, DINANZI I GIUDICI DEL LUOGO OVE LA TUTELA FU DEFERITA?

Abbiamo così stabilita la quistione, dappoichè vi sono più specie di tutele di cui ciascuna va regolata differentemente, ed esige per conseguenza particolari spiegazioni.

Quando la tutela è legittima; l' azione di rendiconto dev' esser introdotta nel luogo in cui essa ebbe luogo, val a dire nel domicilio del minore, o dell' interdetto, all' epoca nella quale fu loro dato un tutore. Adunque se la tutela legale fu deferita alla madre dopo la morte di suo marito, il rendiconto dovrebbe aver luogo nel domicilio di quest' ultimo, ch' è il domicilio di dritto del minore.

Pigeau, nelle prime edizioni della sua *procedura civile*, avea dapprima avvisato che il tutore legale poteva esser citato dinanzi a' giudici del suo domicilio. Siffatta opinione, uniforme all' antica giurisprudenza, la quale riconosceva due specie di contabili, cioè quelli nominati da' tribunali e quelli che non lo erano, non può più sostenersi a fronte del testo formale dell' art. 527, secondo l' osservazione di Berriat Saint-Prix, pag. 121, not. 8. Il motivo della derogazione fatta con tale disposizione al dritto comune, ch' è quella di vietare che il tutore renda intralciata e dubbiosa la discussione del conto che deve al minore, sussiste egualmente in tutte le tutele. Del resto Pigeau non ha riprodotto questo parere nell' ultima edizione del suo libro.

Se la tutela è testamentaria, la domanda sarà istruita nel luogo ove dimorava il testatore all' epoca della sua morte, poichè a quest' epoca ed in questo luogo reputasi fatto l' atto di sua ultima volontà.

Finalmente, se la tutela fu deferita dal consiglio di famiglia, il minore dovrà agire dinanzi ad un giudice del luogo in cui si è tenuto tal consiglio.

Ma che cosa dovrà decidersi relativamente alla tutela officiosa? La quistione di competenza può presentarsi in questa ipotesi, poichè se questa tutela generalmente ha per iscopo d' imporre a colui che l' accetta, non una amministrazione e la risponsabilità che ne risulta, ma dei doveri la cui inesecuzione porterebbe con se soltanto la privazione di questa tutela, nullameno è necessario osservare che il minore in tal guisa adottato può avere alcuni beni la cui gestione passa al tutore officioso, e di cui questi gli deve il conto, a' termini dell' art. 370 del codice civile. Per non ammettere in questo caso

l'applicazione dell'art. 527, potrebbesi dire che quest' ultima disposizione derogante al dritto comune, la quale vuole che ogni parte sia citata nel suo domicilio, verificasi solamente per rispetto ad una tutela ordinaria, e non già ad uno stato che ha soltanto il nome di tutela, ed al quale è probabile che il legislatore non pensava affatto, allorchè adottava l' art. 527. Ma tali argomenti non hanno tanta forza da respingere l'applicazione di un testo assoluto nelle sue espressioni. Tuttavia, se si trattasse di un giudizio intentato dal minore per tutt' altra causa diversa dal conto della gestione de' suoi beni, per esempio in riguardo ad obbligazioni che il tutore officioso avesse contratte nel di lui interesse, certamente sarebbe regolare che il dritto comune riprendesse il suo impero, e la citazione dovrebbe farsi nel domicilio del convenuto. Nel caso in cui il tutore officioso è chiamato a render il conto, l'azione, come osserva Pigeau, Com. tom. 2, pag. 126, vien portata dinanzi al giudice del luogo in cui domiciliava il minore all'epoca in cui venne deferita la tutela, dappoichè innanzi al giudice di pace del luogo dev' esser compilato il processo verbale delle dimande e delle quietanze.

Se la tutela è stata deferita più volte alla stessa persona in luoghi diversi, ciò che avviene, per esempio, quando una madre, avendo perduta la tutela legale di suo figlio con un secondo matrimonio, è reintegrata nelle sue funzioni dietro il parere del consiglio di famiglia, l'azione, secondo una decisione di Bordeaux del 3 agosto 1827 (*G. de' pal. t.* 33, *p.* 346) deve esser introdotta dinanzi il tribunale del luogo in cui la prima volta fu deferita la tutela; poichè incontrastabilmente colà deve darsi il conto della prima parte dell' amministrazione, e siffatto rendiconto non può scindersi. Tale decisione, sostenibile in una specie in cui la tutela sarebbe piuttosto confermata con la nuova elezione che deferita una seconda volta, non potrebbe ammettersi in altri casi: se il consiglio di famiglia sceglie lo stesso tutore dopo di essersi annullata la prima nomina, è chiaro doversi intentare l' azione dinanzi al tribunale del luogo della seconda nomina; e se vi sieno state due differenti tutele, dovranno esservi benanche due differenti conti. Epperò noi non avvisiamo dipendere dal minore di scegliere in questo caso, tra le due giurisdizioni in cui la tutela fu deferita, quella in cui gli converrà meglio d'intentare la sua dimanda, perchè la disposizione dell' art. 527 non fu emenata soltanto nel suo interesse personale, ma in quello della buona giustizia, e se egli rinunzia al dritto che gli vien conferito, il tutore sarà padrone di opporre la incompetenza del tribunale del suo proprio domicilio.]

ART. 530 + 613.

[1852 bis. *La sentenza che ordinasse un rendiconto senza delegare un giudice o fissare un termine, sarebbe forse nulla?*

Un tribunale o una Corte che conosce della dimanda del rendimento di conto, non può indubitatamente rifiutarsi all' adempimento dell'una e dell' altra formalità; ma se la sentenza di condanna non le adempisse, è certo che il tribunale il quale le avrà pronunziate potrebbe, con una posteriore decisione, rivenire su tale omissione, se vi ha luogo, val a dire se le due parti non convengono all' amichevole; poichè trattasi qui, non di una nuova sentenza, ma di una semplice difficoltà di esecuzione. Non avvi dunque materia di nullità, che d'altronde l' art. 530 non pronunzia nè suppone.

La giurisprudenza della Corte di cassazione è fissata in tal modo mercè tre decisioni, degli 11 novembre 1828 (*G. de' P. tom.* 36, *pag.* 218), de' 25 marzo 1835 (*G. de' P. tom.* 50 *p.* 41, *Devill.* 1835 *t.* 1, *p.* 529) e de' 23 gennaio 1837 (*G. de' P. t.* 52, *pag.* 121, *Devill.* 1837, *t.* 1, *p.* 303); Thomines Desmazures, tom. 2, pag. 20, impegna però i tribunali a completare le loro sentenze in modo da evitare alle parti la pena di ritornare dinanzi ad essi; *ne fiat per plura quod fieri potest per pauciora.*]

[1853 bis. *Un tribunale potrebbe delegare, per discutere il rendimento de' conti, una persona diversa da uno de' suoi componenti?*

Sembraci che la negativa risulti incontrastabilmente dall' espressioni della legge, la quale forse, in questa circostanza, ha richiesto troppo zelo e conoscenza dei giudici, ma che per altro non si potrebbe dispregiarne la volontà; la scelta di un commessario tra i membri del tribunale è una delle prescrizioni dell' art. 530, e le funzioni che gli attribuisce il codice di procedura, segnatamente quella di rilasciare mandati esecutivi, dimostrano chiaramente che non potrebbe scegliersi altro

ve. La nomina di un terzo estraneo, anche di un pubblico ufficiale, sarebbe quindi impugnabile e di natura da indurre nullità di tutta la posteriore procedura; d'onde conseguita, come decise la Corte di cassazione il 6 giugno 1820 (*G. de' P. tom.* 18, *pag.* 708) che tutte le parti potrebbero interporre appello, anche pria della sentenza diffinitiva. Epperò illegalmente la Corte di Colmar, il 18 marzo 1816, (*Giorn. de' Pat.*, *tom.* 18, *pag.* 685) parve ammettere che il dritto di appellare era sospeso fino a questo momento; del resto, l'art. 530 non esige che il commessario sia preso tra quei componenti il tribunale che intervennero nella sentenza, ed il carattere di cui i giudici son rivestiti è per le parti una sufficiente garentia, come giustamente decise la Corte di Metz, il 24 novembre 1819 (*G. de' P. tom.* 18, *pag.* 705.)

Siffatta teoria, la quale, oltre di esser poggiata alle citate decisioni, è uniforme all'opinione di Favard de Langlade, tom. 1, pag. 616, e ad una decisione di Ruoen del 16 gennaio 1819 (*G. de' P.*, *tom.* 18, *pag.* 700), deve benanche applicarsi allorchè trattasi di un conto ovvero di un conto preliminare ordinato da' tribunali incidentemente in una causa di un'altra natura, e per facilitarne la soluzione, non ostante due decisioni contrarie delle Corti di Rennes, del 25 aprile 1817, e di Orleans, del 30 maggio 1822 (*G. de' P. tom.* 18, *pag.* 588 *e* 713.) Abbiamo già fatto osservare, nella quistione 1844 *quinquies*, che i tribunali, in questo caso, devono seguir la forma di una istruzione per iscritto, in cui la nomina di un giudice commessario è di rigore.

Ma altrimenti debb'essere in materia di aggiustamento e revisione di conti, pei quali i tribunali rinviano dinanzi al notaro; difatti trattasi allora di ottenere chiarimenti e di una specie di perizia che rientra nella competenza di questi pubblici ufficiali, e che niuno più di costoro è idoneo a portare a buon termine; d'altronde il loro ufficio limitasi ad un lavoro preparatorio, che nulla ha di giudiziario, e che il tribunale ne terrà quel conto che crede: in tal modo la Corte di Colmar, ai 18 marzo 1816, e di Rennes, ai 25 aprile 1817 (*G. de' P. tom.* 18, *pag.* 686 e 688), rinviando in simili casi le parti dinanzi un notaro, niun attacco produssero alla soluzione della nostra quistione.]

Art. 533 + 616.

[1862 bis. *Colui che deve ricever il conto può esser obbligato a fornire a chi dee darlo i titoli o documenti di cui ne reclamasse la comunicazione, per desumervi gli elementi del suo conto?*

Sembra impossibile, a prima giunta, che uno sia costretto a presentare in una causa i titoli che gli appartengono, e di cui il suo avversario forse ne farà uso contro di lui. Ma fa d'uopo osservare che in questa materia tutto dev'esser di buona fede, essendo debito di chi rende il conto di esser fedele; d'altronde è giusto che i crediti che compensano questi debiti entrino nell'attivo, dello stesso modo che quest'ultimi entrano nel passivo del conto. Adunque il rifiuto di chi deve ricevere il conto potrà esser preso in considerazione da' giudici, ma sotto due condizioni; 1. che i documenti dei quali chi dà il conto domanda la comunicazione sieno di quelli la cui esistenza non potrebbesi impugnare, per esempio i libri e i registri de' negozianti, ed in secondo luogo (poichè non è giusto che un tal reclamo per uno che deve dare il conto e che sia di mala fede costituisca il mezzo di eludere le sue obbligazioni) che la dimanda sia portata dinanzi il tribunale stesso, solo giudice nella circostanza. Il contabile pretenderebbe invano, per isfuggire alle conseguenze dell'esser moroso, di essersi indiritto conscienziosamente a colui che dee ricever il conto, e che egli non è andato più avanti, se non perchè gli era stata rifiutata la comunicazione.

In una specie in cui le due condizioni trovavansi riunite, la Corte di Parigi, a' 29 gennaio 1818 (*G. de' P. tom.* 18, *pag.* 626) potè quindi decidere che in caso di rifiuto di colui che dee ricever il conto, i danni ed interessi sarebbero l'approvazione pura e semplice del conto presentato, ed anche delle somme sfornite di documenti giustificativi.

Del resto è chiaro che questa dimanda formata dinanzi il giudice commessario, non indurrebbe decadenza del dritto di produrre all'udienza i titoli di giustificazione o pure di pagamento. Cotesta facoltà, ritenuta da una decisione della corte di Parigi, il 20 luglio 1810 (*G. de' pat. tom.* 18 *pag.* 674), appartiene a chi dee render il conto in tutt'i casi.]

Art. 534 + 617

[1868 bis. *Spirato il termine nel quale il contabile è tenuto di rendere il conto, decade dal dritto di più farlo in appresso?*

Sembra certo che la sentenza la quale condanna una parte a rendere il conto non solamente è eseguibile dopo il termine fissato dal tribunale, ma anche quando la necessità di render questo conto fosse aumentata ancora dall'autorità della cosa giudicata di cui va rivestita: quindi, in questo senso, è difficilissimo comprendere ciò che significherebbe questa *decadenza*, di cui si formerebbe una pena contro di colui che deve rendere il conto, e che potrebbe esservene una verso di chi dee ricevere lo. In conseguenza, sarà permesso di presentare il conto a qualunque epoca; ma se il contabile moroso dimanda essere esentato dalla clausola penale contenuta nella sentenza di condanna, o pronunziata contro di lui dopo spirato il termine, in questo caso si eleverebbe una difficoltà, più seria di quella che decise la giurisprudenza in senso diverso, e per la soluzione della quale è necessario determinare esattamente la natura di siffatta punizione inflitta al contabile moroso.

Ritenemmo, nella quist. 1868, che la condanna di pagamento di una somma non liquidata è semplicemente provvisionale, imputabile sulla somma residuale; ma siffatta soluzione, quantunque sembrasse portar con se quella dell'attuale difficoltà, la lascia però incerta; poichè potrebbe accadere che il contabile, dopo acclarati i fatti, si trovi non già debitore, ma creditore; nel qual caso, la somma alla quale fu condannato non potendo esser imputata sulla somma residuale, ritorna la quistione per conoscere se vi ha luogo alla restituzione della somma, o, se non è stata pagata, alla ritrattazione della sentenza; il che dà luogo alle seguenti dimande:

Se la condanna fosse semplicemente comminatoria, o pure a titolo di pena;

In altri termini, se pel motivo solo che il contabile moroso presenta il suo conto, dev'esser esentato dalla condanna del pagamento di una somma pronunziata contro di lui;

O pure se questa sentenza, perchè è passata in cosa giudicata, dev'esser considerata come punizione della sua cattiva volontà, di cui nulla può prevenirne gli effetti.

Questa ultima soluzione, la quale sembra aver imbarazzata la corte di Amiens, il di 24 febbraio 1826 (*G. di questa corte*, *anno* 1826, *pag.* 143), è ragionevolmente, affrettiamoci a dirlo; respinta da quasi tutta la giurisprudenza. La condanna di un contabile moroso al pagamento di una somma per mezzo di sequestro è unicamente fondata su di una presunzione di delitto, e non è più diffinitiva, come penalità, che come liquidazione di conto; o per meglio dire non è una penalità. L'arresto personale di cui parla l'art. 534 + 617 applicasi all'obbligo di render il conto, e non già al pagamento della somma, come con aggiustatezza decise la corte di Limoges, il 13 giugno 1822 (*G. de' P*, *tom.* 24, *pag.* 192); per la esecuzione di quest' ultima condanna, la legge prescrive il solo mezzo da adoperarsi, ch'è quello del pignoramento de' beni.

Ma da ciò è necessario forse conchiudere che essa è semplicemente comminatoria? In tal modo la qualificò la corte di Rennes, il 20 gennaio 1813 (*G. de' P. tom.* 18, *pag.* 684), e puossi, in sostegno della sua opinione, citare una decisione di Parigi del 30 aprile 1828 (*G. dei pal. tom.* 37, *pag.* 118); ma siffatta teoria non sembraci meglio fondata. L'art. 534 non autorizza solamente i giudici a ordinare il pagamento di una somma, ma di stabilirla ad arbitrio in concorrenza della quale i beni del contabile *saranno pegnorati*. Or, vi ha qui evidentemente più che una minaccia; vi esiste un mezzo di arresto personale, reale, energico, i cui risultamenti può senza dubbio il moroso contabile prevenire, rimediandoci a tempo, ma non già annullare, allorchè si sono essi verificati. Non potrebbe dunque, offrendo di rendere il conto, arrestare gli atti di procedimento; come ragionevolmente decise la corte di Colmar, il 20 febbraio 1824 (*G. de' P. tom.* 26, *pag.* 100), e molto meno l'aggiudicazione; e se, per causa dell'appuramento de' fatti trovasi in conchiusione, di non dover nulla a colui che deve ricever il conto, o pure se è addivenuto suo creditore, ciò non cambia nulla a quanto si è praticato: gli competerà soltanto l'azione ordinaria, e le spese stesse del pignoramento cederanno a suo carico: poichè deve a se medesimo imputare la colpa di non averne prevenuto le conseguenze.]

ART. 535 † 618

[1874 bis. *Il mandato esecutivo per eccedenza d' introito può forse domandarsi in materia di conti relativi ad una comunità ?*

Nei conti ordinari, dice Pigeau, tom. 2, pag. 710, n. 6, allorchè vi esiste somma residuale, colui che deve ricever il conto può dimandare dal giudice commessario un mandato esecutivo per tale eccedenza (*ved. l' art.* 535 † 618), senza approvazion di conto; ma non è lo stesso in un conto di una comunità; *poichè la somma residuale entra nella massa da dividersi di cui esso ne fa parte.* Nulladimeno, soggiunge lo stesso scrittore, se la somma residuale compone tutto l' attivo della comunità, e che non vi ha divisione a farsi separatamente dal conto, ciascun di coloro che debbono ricevere il conto può dimandare un mandato esecutivo per la porzione che gli deve spettare. Volentieri ammettiamo quest' ultima decisione, ma non veggiamo per qual motivo potrebbesi ricusare di applicarla nel caso in cui l'eccedente non componga da se solo tutto l'attivo della comunità. La ragione che ne assegna Pigeau è lungi dall'esser soddisfacente, segnatamente a fronte di un testo così positivo e generale, qual' è l' art. 535.

Noi non iscorgiamo che una sola differenza tra questo caso particolare e tutti gli altri, cioè che colui che deve ricever il conto non può reclamar il mandato esecutivo che per quel che gli spetta, val a dire per la metà, allorchè quegli che ha dritto all'altra metà è colui che deve rendere il conto.]

[1874 ter. *Se in conseguenza delle discussioni del conto, colui che deve renderlo risulta debitore, quegli che deve ricevere il conto può chiedere il mandato esecutivo ?*

Che no; la disposizione dell'art. 535 applicasi alla eccedenza dell'introito ma non al definitivo residuo. Se, in quest' ultimo caso, la persona a cui deve darsi il conto vuol'esser pagata e colui che deve renderlo non adempia immediatamente, non accordandosi le parti, il giudice commessario le rinvia all' udienza, e pronunziasi una sentenza nelle forme prescritte dall'art. 539 † 622. È questa una conseguenza de' principî da noi indicati sul modo col quale fa d'uopo intendere e conseguentemente applicare la procedura così speditiva del mandato esecutivo; Pigeau, lib 3, §. *conto*, div. 6. n. 13, e Favard de Langlade, tom. 1, pag. 619 dividono siffatta opinione.]

ART. 536 † 619

[1874. quater. *È forse vietata la comunicazione del conto e de' documenti giustificativi per mezzo della cancelleria ? Il patrocinatore può denegarsi a tal modo di comunicazione ?*

Gli scrittori del Pratico francese, tom. 11, pag. 50, si avvisano che l' art. 536 del codice di procedura civile non permettendo la comunicazione per l' organo della cancelleria, una tal via è vietata; ma questo è un errore, dimostrato dallo stesso testo della legge. In fatti, l' art. 536 dispone, che se i documenti *furon comunicati mediante ricevuta, essi saranno restituiti ec.* Adunque possono comunicarsi altrimenti che mediante ricevuta; e di qual' altra maniera, dimandiamo, se non per mezzo della cancelleria ? Quindi il legislatore lungi di vietare siffatto mezzo, suppone all' opposto che sia permesso alle parti. Che anzi è il solo mezzo loro accordato, allorchè non hanno costituito patrocinatore (*vedi la seguente quistione*), siccome l'intese Demiau Crouzilhac, pag 371. Conseguita da ciò che il patrocinatore non potrebbe rifiutare questo modo di comunicazione, dappoichè, rifiutandosi, verrebbe ordinato dal Tribunale, come avviene nelle materie ordinarie.]

[1876 bis. *Il conto deve forse notificarsi a' creditori intervenienti in causa ?*

Pigeau, lib 3, §. *Conto*, div. 6, n. 12, insegna l' affermativa, ma sembraci, con Dalloz, tom. 3, pag. 670, che questa soluzione non sia fondata; poichè l'art. 536 non ha voluto porre i creditori intervenienti in causa nell' istessa linea di coloro a cui deve darsi il conto, prescrivendo per questi ultimi la notifica di una copia di quest'atto e la comunicazione de' documenti giustificativi, e per i primi la comunicazione solamente del conto e dei documenti per mezzo del più antico de' patrocinatori costituiti, senza distinguere se abbiano o pur no interessi differenti : nè d' altronde potrebbesi ragionevolmente esigere dippiù. In tal modo la notificazione fatta ad essi da colui che deve render il conto, anche di una sola copia dello stesso, non dovrebbe entrare in tassa.

Su' diversi casi relativamente a' quali l'in-

tervento de' creditori potrebbe aver luogo, vedi Merlin, *Repert.*, alla parola *conto*, §. 2.]

ART. 538 † 621

[1883 bis. *Le forme indicate dall' art.* 538 *per la presentazione delle deposizioni e difese delle parti e per la compilazione del processo verbale dal giudice commessario, sono forse prescritte a pena di nullità ?*

Thomines Desmazures, tom. 2, pag. 34, il quale condanna il modo di procedura dell' ordinanza del 1667, insegna che, salva la quistione delle spese, le parti potrebbero impunemente adoperarlo ancora, essendo stato creato dal legislatore il novello procedimento unicamente nel loro interesse e per risparmiare delle inutili spese; donde conseguita, secondo questo scrittore, che se le persone che debbono ricevere il conto amano meglio notificare le loro ragioni in difesa e risposte che accontentarsi di un analisi nel processo verbale, il giudice commessario dovrà stare a tale cambiamento, ed egli se il contabile a sua volta prende il partito di rispondere, attenderà pazientemente, per fissare il giorno del suo rapporto, che le parti cessino di più scrivere. Sembraci però impossibile di ammettere simili conseguenze: il giudice commessario ed il tribunale debbono adempiere i doveri che la legge loro impone; e le parti, purchè non esista fra esse un' accordo contrario, possono prevalersi della nullità proveniente dalla loro inosservanza. Ciò è quanto risulta da' più elementari principî in materia di procedura, e segnatamente da quelli che cita Carrè sulla quistione 1855. Non bisogna sostenere però che le ragioni in difesa e risposte, se d'altronde il processo verbale è fedele alle prescrizioni dell' art. 538, portino con se la nullità del conto, poichè esse non sono allora che atti frustranei; nè che una parte contumace, dinanzi il giudice commessario, sia inammissibile a presentare per la prima volta le sue osservazioni innanzi al tribunale, non pronunziando alcun testo di legge tale inammissibilità. E noi non intendiamo altra cosa, se non che di non esser permesso nè alle parti, nè a' giudici di sostituire un altro andamento, che loro sembrasse più convenevole, a quello indicato dal codice.]

ART. 540 † 623

[1885 bis. *Qual è l'effetto parziale della sentenza pronunziata sul giudizio del conto?*

Si è quello di costituire il contabile debitore del residuo. Fino a quest' atto, nulla vi era ancora di diffinitivo; la sentenza ordinando il rendiconto non avea creata che una presunzione di credito; siffatta presunzione poteva acquistare molta importanza per la trascuragine di colui che dovea dare il conto nel soddisfare, nel termine fissato, all' obbligazione impostagli; essa giungeva anche fino ad autorizzare il pegnoramento de' suoi beni, ma non era questa una misura deffinitiva, poichè bastava che si fosse presentato, rimanendo ogni cosa nello stato integro, per allontanarne le conseguenze. Il mandato esecutivo del giudice commessario non ha carattere più decisivo; esso suppone la spontanea confessione di chi rende il conto, nè induce, in riguardo alla persona che lo riceve, approvazione dello stesso; in una parola, tutte le decisioni che precedono quella che fissa il residuo sono preparatorie o provvisorie. Così la corte di Bordeaux, a'25 gennajo 1834 (*G. de' pat., tom.* 46, *pag.* 314), decise ragionevolmente che se il giudizio trovavasi arresta to pria di giungere a quest' ultimo atto, una nuova dimanda, posteriormente intentata, non potrebbe essere respinta come tendente ad una revisione di conto, a qualunque punto fossero arrivate le operazioni preparatorie, pel motivo solo di non essersi ancora pronunziata la sentenza deffinitiva.

A datare adunque da quest'ultimo atto, comincia pel contabile l'obbligo di pagare il residuo; obbligo in ragion del quale l art. 126 † 220 permette a giudici, in taluni casi, di pronunziare l' arresto personale. Sulle diverse difficoltà che ha fatto sorgere questa disposizione, ved. le nostre qnistioni 533 bis. 536 e 537. E del pari a datare da quest' epoca colui che da il conto dee restituire i documenti giustificativi, altra obbligazione per la cui esecuzione egli è reputato contabile, siccome ragionevolmente decise la corte di Brusselles, il 25 agosto 1810 (*G. de' pat. tom.* 18 *pag.* 674.)]

ART. 541 † 624

[1886 bis *È forse ammessa l'azione di divisione contro un conto stragiudiziale ?*

Quantunque le prescrizioni di questo titolo della procedura non applicansi, generalmente, che ai soli conti dati in giudizio, l'affermativa sulla proposta quistione non va soggetta a veruna difficoltà. Gli abusi che porte ebbe seco la possibilità di una revisione, spinsero il legislatore a vietarla in tutt' i casi ; non si procederà , dice l' art. 541 , alla revisione di *alcun* conto. Sotto l'impero della legislazione anteriore al codice di procedura, diggià decidevasi che anche in materia di tutela , ancorchè il parere del consiglio di famiglia non fosse stato omologato , il minore non avea altro mezzo di gravame che l'azione per rettificare gli errori, le omissioni,o partite duplicate. Cassaz., 26 maggio 1807 (*G. de' pat. tom.* 18, *pag.* 666) , e Colmar 18 marzo 1816 (*G. de' pat. tom.* 18, *pag.* 686.) Oggidì è ritenuto che niuna revisione di conto stragiudiziale è ammessa in materia civile o commerciale; da Merlin , *Repert.* t. 2, p.687, da Pigeau, lib.3, §. *Conto*, div. 7, n. 7, da Favard de Langlade, t. 1, pag. 620, e da Thomines Desmazures, tom. 2, pag. 35; e la giurisprudenza è fissata nello stesso senso dalle decisioni della corte di cassazione, 10 settembre 1812, 8 giugno 1814 (*G. de' pat tom.* 18, *pag.* 681) e 5 marzo 1826 (*G. de' pat. tom.* 31, *pag.* 39), di Rennes 14 aprile 1813, e 19 marzo 1815 (*G. de' pat. tom.* 18 , *pag.* 681), e di Nancy, 2 maggio 1826 (*G. de'pat. tom.* 32, *pag.* 145 *e* 146.)

Nulladimeno se le parti stesse avessero dichiarato, o se risultasse da quanto tra loro convennero ch' esse non aveano inteso di finalizzare il conto , egli è certo che non vi sarebbe luogo all' applicazione dell' art. 451 , il quale suppone l' esistenza di un conto diffinitivo, come ragionevolmente decise la corte di Pau , il 9 maggio 1831 (*G. del Pal.* , *ediz* 3.ª, *tom.* 24, *pag.* 1021; *Dévill.* 1831, *t.* 2 , *p.* 218.)]

[1886 ter. *La parte che prestò il suo consenso in un modo espresso o tacito per l' esercizio dell' azione di revisione, può forse rivenire sulla sua acquiescenza ?* In altri termini: *Il divieto di rivedere il conto è forse d' ordine pubblico ?*

La negativa fu adottata dalla corte di Colmar, il 18 marzo 1816 (*G. de' pat. tom.* 18, *pag.* 686) per la ragione che siffatta disposizione non potendo interessare che i particolari , dev' esser permesso a costoro che li riguarda di rinunciare, espressamente o tacitamente, al beneficio di essa. Ma noi molto dubitiamo dell'esattezza di questa teoria , poichè l' art. 541 esprimesi in termini proibitivi. Le dimande per revisione di conto, dice Favard de Langlade , nel discorso al corpo legislativo (*ved. Locrè, tom.* 22, *pag.* 614), queste pericolose dimande, più intralciate sovente che i conti istessi , sono *abolite*.» Epperò non contento della proibizione generale contenuta nell'art. 1041 † T, il legislatore l' ha replicata in particolare , ed in termini più formali relativamente alle dimande di revisione. La giurisprudenza , e segnatamente quella della corte di cassazione, si è mostrata fedele a questa teoria , non ammettendo l'azione in alcun caso e sotto qualunque pretesto : quindi annullò, il 31 aprile 1817 (*G. de' pat.*, *tom.* 18, *pag.* 690) una decisione di Nancy, la quale avea ordinato di officio la revisione di un conto che presentava innumerevoli inesattezze. A fronte di tali considerazioni si può forse dire che la disposizione dell' art. 541 non sia di ordine pubblico ? Opponesi ch' essa non è dettata che per l' interesse particolare , ma quest' interesse non è forse la base di tutte le proibizioni , il cui rigore prende norma dalla sua importanza? Or, qui, quante difficoltà ! ... Da quali atti si farebbe risultare l'acquiescenza della parte ? in quale stadio del giudizio ? D'altronde, se la revisione fosse accordata alla persona cui è dovuto il conto , perchè non accordarla pure a quella che deve darlo? Ma , senza andar più lungi, osserviamo che la quistione si riduce a conoscere se sia permesso ad una parte sostituire alla procedura in vigore, ch' è l'azione di far rettificare il conto , la revisione , procedura abolita; e se basti, per regolarizzare questa sostituzione , il consenso o la mancanza di opposizione delle parti , ciò che sembraci assolutamente contrario a' principî.]

[1886 quater. *Quali sono i casi nei quali può essere ammessa una dimanda di rettificazione di conto ?*

Allorchè il legislatore, proibendo qualunque revisione integrale o parziale di un conto, autorizzava le parti a provvedersi per mezzo della rettifica contro le inesattezze , non intendeva evidentemente di ristabilire in una maniera indiretta ed obliqua la procedura che aboliva, con ponderazione ed in termini formali ; epperò coll' appoggio di questo principio bisogna interpetrare l'espressioni della legge , e giudicare le conseguenze che ne derivano. Ma quest' e-

spressioni mancano fino ad un certo punto di precisione;ed è stato pur necessario che la giurisprudenza determinasse quali fossero queste omissioni e questi errori,relativamente a' quali sarebbe ammesso un reclamo; ciò che procurò di fare la corte di cassazione con decisione del 2 marzo 1831 (*G. de'pat. tom* 40,*pag*. 402.) Partendo dal principio incontrastabile che la disposizione dell' art. 544 è ristrettiva, essa non ha riconosciuto che due casi ne' quali l'azione può esser intentata ; errori di calcolo , e scovrimento di documenti non conosciuti all'epoca dal conto diffinitivo.

Noi non troviamo in questa spiegazione la solita esatezza delle decisioni della corte Suprema. La prima precisione non dice molto ; poichè una duplicazione di partite ed una omissione, per le quali la legge autorizza la rettifica , non sono errori di calcolo. La seconda dice troppo; in fatti, se fosse permesso ad una parte di allegare la scoverta di nuovi documenti per modificare i risultamenti ottenuti, questa sarebbe veramente una revisione, che per altro la stessa decisione non ammette sotto qualunque pretesto ,come fu ritenuto dalla corte di Bourges, il 21 agosto 1831 (*G. de' pat. tom*. 42 , *pag*. 113). Quest' ultima decisione sembra aver molto meglio fissato i principî, ammettendo come motivi di rettificazione gli errori di calcolo, le omissioni di articoli ammessi dalla sentenza , le partite duplicate di una somma approvata, una partita falsa di una somma rigettata ; al che bisogna aggiungere lo scovrimento di nuovi documenti , che avessero relazione, sia ad uno di questi casi , sia ad altri fatti non menzionati nel conto , ciò che suppone, non la modificazione di una parte qualunque di una decisione giudiziaria, ma la rettifica di un errore materiale , o la esistenza di una novella pretensione. D'altronde non potrebbe essere diversamente, poichè la dimanda, a' termini de l' art. 541, deve intentarsi dinanzi gli stessi giudici.

Da queste varie osservazioni, confermate da Merlin,nelle Quist. di Dritto alla parola *conto*, §. 1, risulta indubitatamente che una dimanda di rettificazione dee indicare gli articoli e i numeri o i fatti pe'quali siè intentata;nè basterebbe produrre taluni documenti da cui si ricaverebbe che il residuo fosse erroneo ; poichè , quantunque ciò sembrasse incontrastabile , rimarrebbe sempre la quistione di conoscere se la rettifica non cada sopra clausole già discusse , su controversie diggià eliminate ; d' onde conseguita che l'azione di rettifica di conto non particolarizzata,non è in alcun caso ammissibile. Un tale atto non contenendo veruna indicazione di esito e d' introito , sarebbe meno un conto che una transazione passata in forza di cosa giudicata , come decise la corte di Besançon , il 18 luglio 1816 (*G. de' pat. tom*. 18, *pag*. 687), e di Bordeaux, il 10 giugno 1828 (*G. de' pat*., *ediz*. 3, *tom*. 21, *pag* 1533.)

[1886 quinquies. *Qual' è la natura dell' azione di rettificazione di conto ? Dee forse necessariamente prodursi dinanzi i giudici di prima istanza : in qual termine dev' esser intentata ?*

Abb'am già veduto , nella quist. 1886 *quater*, che l'azione di rettifica di conto non potendo , sotto alcun pretesto , indurre una revisione abolita dalla legge , le circostanze nelle quali era ammessa riducevansi a due ; verificazione di errori materiali che nulla cambiano alle basi della decisione renduta,ed esistenza di novelle pretensioni , sulle quali consegnentemente i giudici non erano stati chiamati a pronunziare.

Circoscritta in tali termini questa procedura, potrebbesi domandare qual' era , per la legge, la necessità di autorizzare in termini precisi l' esercizio di una dimanda di tal natura ; ma la risposta è facile : questa necessità provviene precisamente dall' abolizione di ogni revisione di conto , abolizione di cui se ne sarebbe fatta un arma per respingere quest' azione , come tendente a rivenire, mercè un mezzo indiretto su quanto erasi già deciso.

Relativamente alla utilità dell' azione di rettifica , essa restringesi , generalmente , come è facile vederlo , alla ipotesi di una sentenza pronunziata sulla dimanda di rendimento di conto e passata in autorità di cosa giudicata , sia che non vi s'interpose appello,sia che l'appello produsse una decisione che confermava la sentenza.

Questa è dunque una dimanda principale , novella , distaccata da quella sulla quale si è pronunziata , secondo le espressioni di Locrè, tom. 22 , pag. 180. La stessa teoria insegna Merlin nelle quist. di dritto alla parola *conto*, § 1 , e Favard de Langlade, tom. 1 , p. 625, ritenuta da una decisione di Besançon del 5 luglio 1823 (*G. de' P. tom*. 18 , *pag*. 687).

Ma bisogna dir forse che essa non possa giammai presentarsi nel corso del giudizio di un rendiconto? Ammettendo l'affermativa, si confonde forse, perchè connessa, a tutte le fasi della procedura? Tali sono pertanto le due quistioni sulle quali dobbiamo fermarci.

Se supponiamo una parte condannata in contumacia in prima istanza, e che impugna coll' opposizione la sentenza contro di essa pronunziata, niun dubbio ch'essa può, dinanzi al tribunale, dimostrare gli errori commessi a suo danno, o far pruova de' suoi dritti non ancora stabiliti nella discussione in contraddizione che va ad aprirsi. Non vi è bisogno allora di un' azione speciale, come sembra di aver deciso la citata Corte di Besançon; poichè il mezzo di opposizione è permesso alle parti precisamente a tale oggetto, rimettendole nello stesso stato ch' erano prima della sentenza contumaciale.

Ma se supponiamo le parti nel giudizio in appello, l'azione di rettifica non sembra meno inutile, in quanto che riguarda la pruova degli errori materiali, come falsi calcoli, partite duplicate ec. ec. perchè il solo fatto di aver interposto appello loro permette dimandarne la ritrattazione; epperò in ciò che riguarda questa seconda ipotesi, non è necessaria un' azione particolare, sia in primo, che in secondo grado di giurisdizione. La necessità sorge sol quando la sentenza pronunziata sul conto si suppone passata in cosa giudicata.

Avviene diversamente nel caso in cui, sull' appello interposto da questa sentenza, una delle parti elevi novelle pretensioni, e reclami il vantaggio de' dritti non ancora discussi, la cui ricognizione senza impugnare l'enunciazioni del conto, li modificherebbe in quanto a' risultamenti; d' onde nasce la quistione di conoscere se sarebbe permesso alla corte ritenere a se la conoscenza di tal discussione, o se deve necessariamente rinviarla dinanzi i giudici di prima istanza, e come sembrano esigerlo le espressioni dell' art. 541.

Thomines Desmazures, tom. 2, pag. 36, e due decisioni della corte di Rennes de' 29 agosto 1810 e 12 giugno 1835 (G. *de' P. tom.* 14 *pag.* 676, *e t.* 51, *pag.* 493), di cui la prima, non può negarsi, risolve la quistione secondo i principî ben differenti da quello dell'ordinanza del 1667, fondandosi, per rigettare questa opinione, 1. sulla convenienza di evitare inutili e dispendiose complicazioni, 2. sul motivo che l'art. 541 dispone solamente pel caso in cui non si fosse prodotto appello dalla sentenza che fissa il residuo del conto.

Ma siffatti argomenti poggiano su di una confusione d' ideè che sparisce appena noi riconosciamo che la dimanda di rettifica forma un azione principale, novella, sottoposta per conseguenza a' due gradi di giurisdizione.

Opporrebbesi forse che questa dimanda, quantunque nuova, dev' esser ammessa nella corte reale, come difesa all' azion principale? Questo è un' altro errore la cui dimostrazione è facile.

Appellare dalla sentenza che fissa il residuo del conto, dopo, senza neanche attaccarne le basi, senza impugnare le loro valutazioni, far sorgere nuove quistioni e non discusse in prima istanza, ciò non indica presentar difese per riguado al conto, ma all' opposto suona confessare il proprio torto, ed impegnare un nuovo giudizio, di cui la corte reale non potrebbe a prima giunta conoscere. Che una parte abbia dritto, in grado di appello, a produrre per la prima volta de' documenti da cui risulta che tale articolo fu esagerato, tale altro diminuito, o soppresso mal à proposito, nulla di più giusto; ma dell'appello interposto sopra una sentenza qualunque formare un mezzo di eludere il principio de' due gradi di giurisdizione, relativamente ad una diversa controversia, senz' altro rapporto che l' influenza della decisione da pronunziarsi su' risultamenti della prima, è lo stesso che distruggere, nella maniera la più evidente, tutt'i principî di questa materia. La soluzione data da Carrè alla quistione 1673 ci esenta da maggiori sviluppamenti a tal riguardo.

D'altronde, la legge è formale, l' art. 541 attribuisce al tribunale che pronunziò sulla dimanda di rendiconto, la conoscenza dell'azione di rettificazione, e questa disposizione, poggiata sul motivo che una tale azione è principale e nuova, respinge per questa sola ragione ogni distinzione tra i casi nei quali la sentenza di cui parla l' art. 540 fosse impugnata coll' appello: l' art. 528 + 611 va fino ad esigere che la corte reale, allorchè presentasi la necessità di discutere un conto per la prima volta dinanzi ad essa, rinvia avanti i giudici di prima istanza; or qui, le nuove pretensioni delle parti sono di natura tale da far nascere una

discussione di tal genere, e per conseguenza, fa duopo applicare le stesse regole.

Eppeiò, alla opinione ammessa dalle citate due decisioni di Rennes, noi preferiamo la teoria consacrata dalle due decisioni della stessa corte de' 20 aprile 1820 (*G. de' P. tom*. 12, *pag*. 493), e 28 novembre dello stesso anno (*Giorn. del Pal.*, *ediz*. 3.ª *tom*. 16, *pag*. 207) la quale risulta d'altronde dalle regole sulla natura dell'azione di rettifica, tali come l'abbiam stabilite nel principio di questa discussione.

Da' medesimi principî conseguita ancora che quest'azione non si prescrive col termine di dieci anni, come quelle per nullità o per rescissione, ma col decorrimento ordinario di trent'anni.

In tal modo decisero con Merlin, Quistioni di dritto, alla parola *conto*, nel citato luogo, e Pigeau, Comm. tom. 2, pag. 135, le corti di Metz, il 10 luglio 1821 (*G. de' P. tom*. 18, *pag*. 112), di Bordeaux, il 10 giugno 1828 (*G. del Pal.*, *ediz*. 3.ª, *tom*. 41 *pag*. 1533) e di Liege, li 19 gennaio 1835 (*G. de' P. t*. 48. *pag*. 201.) E certamente sarebbe lo stesso, nella ipotesi di un conto di tutela, di cui si domandasse la rettifica, non ostante il parere di Vazeille, *delle Prescrizioni*, n. 535. Per altro Pigeau, *comm*. nel luogo citato, propone una distinzione. In riguardo all'azione di rettifica che compete al tutore ammette la prescrizione di trent'anni di silenzio, come regola generale. Ma per quella che appartiene al minore, non accorda a quest'ultimo che il termine di dieci anni, col quale prescrivesi, a' termini dell'art. 475 + 398 del cod. civile ogni azione per parte sua, per ragion del fatto della tutela. Sembraci però che Pigeau confonda qui due regole ben diverse: l'origine dall'azione accordata dall'art. 475 + 539, ch'è la tutela, e quella di un'azione di rettifica, ch'è il conto; ed infatti prova di ciò si è, che la prescrizione della prima decorre dal giorno della maggiore età del pupillo; or, è chiaro che l'azione di rettifica decorre, non già da questo tempo, ma da quello in cui il conto fu renduto. Quindi, niuna somiglianza fra di esse, come ragionevolmente osservò la citata decisione di Metz. Per lo che la prescrizione stabilita dall'art. 475 non è applicabile a questo caso, ed allora è necessario rientrare nella regola comune, qual'è la prescrizione trentenaria.

Un'altra modificazione a questo principio sembra esser stata ammessa dalla corte di cassazione, il 30 gennaio 1828 (*G. du Palais*, *ediz*. 3.ª, *tom*. 21, *pag*. 1010), in una specie in cui la parte contro la quale dimandavasi la rettificazione trovavasi priva de' documenti giustificativi, in virtù di una clausola per la quale amendue si vietavano di dimandare alcuna revisione. La validità di una clausola di questa natura dipende da principî che noi non dobbiamo qui esaminare. Ma è chiaro, dalla dispositiva della citata decisione, che la corte di cassazione, meno assolutamente della decisione da essa confermata, sacrificò il dritto di rettificazione unicamente alla impossibilità in cui trovavasi la parte impugnata, dopo un lungo tempo e dopo una convenzione che la metteva in istato di buona fede, a produrre i documenti relativi al conto acclarato. E così soltanto può giustificarsi questa teoria; poichè è certo che non è il tempo più o meno lungo che estingue l'azione, ma è il decorrimento di trent'anni, e, pria dello spirar di questo termine, in vano la parte impugnata allegherebbe di esser priva de' documenti; poichè, salvo i casi particolari in cui siffatta scusa potrebb' esser valida, vi sarebbe luogo ad applicare qui la soluzione della quistione 1662 *bis*, facendo dritto ai reclami della parte lesa, e pronunziando sopra i documenti da essa prodotti.]

[1887 bis. *Puossi dimandare la rettifica di un conto acclarato dagli arbitri la cui delegazione è già terminata?*

Nel caso in cui la sentenza fosse stata renduta dagli arbitri commerciali, fa duopo, senz'alcun dubbio, intentare innanzi ad essi l'azion di rettifica del conto; gli arbitri sono veri giudici, la loro giurisdizione è forzosa e diretta (*ved. l'art*. 51 *del codice di commercio*), e l'art. 541 applicasi ai tribunali di esecuzione nello stesso modo che a quelli ordinari; ciò è quanto giudicò la corte di cassazione, il 28 marzo 1815 (*G. del Pal. ediz*. 3.ª *tom*. 12, *pag* 652) la cui teoria è adottata da Favard de Langlade, tom. 1. pag. 620; ma allorchè il conto fu regolato dagli arbitri, la cui delegazione è già terminata è chiaro che l'azione non può dirigersi innanzi ad essi; d'onde nasce la quistione di sapere se la stessa esista ancora. L'affermativa, ritenuta dalla Corte di cassazione il 21 agosto 1832 (*G. de' P.*, *tom* 46, *pag*. 170; *Devill*. 1833, *tom*.

2, *pag.* 398) non sembraci dubbiosa, poichè noi ammettiamo benanche quest'azione contro un conto volontario (*ved. la quist.* 1886 *bis*). Niuna decadenza trovasi stabilita relativamente a questo fatto, che non appartiene alle parti d'impedire, nè puossi crearlo arbitrariamente.

Il giudizio dunque sarà introdotto dinanzi ai tribunali ordinarî.]

[1887 ter. *Con quali forme sarà istruita la dimanda di rettifica di conto?*

Il giudizio s'impegnerà nello stesso modo di qualunque altra dimanda principale. La sezione del tribunale avea proposto, in tempo della discussione del codice, di permettere la citazione al domicilio del patrocinatore o della parte, nel caso in cui l'azione sarebbe intentata ne'sei mesi dalla data della sentenza, ma quest' ultimo ligame col quale vorrebbesi riattaccare i due giudizi, non fu affatto ammesso: Per lo che è necessario riportarsi unicamente alle forme indicate dall'art. 61 e segnenti.

Relativamente all' andamento della procedura, è certo che lo stesso ha il più gran rapporto con quello del giudizio di rendiconto; epperò saranno osservate, per quanto è possibile, le istesse forme, le parti saranno rinviate dinanzi un giudice commessario, il quale compilerà il processo verbale delle loro deposizioni, ed il tribunale deciderà. La Corte di cassazione, il 19 febbraio 1834 (*G. de' P. tom.* 47, *pag.* 462) giudicò tal procedura uniforme a' principî. Nullameno non crediamo che la sua inosservanza, porti a pena di nullità della procedura; poichè nulla trovasi nella legge che permetta giungere a tal conseguenza.

È inutile il dire che, quando l'art. 541 prescrive che la dimanda sia istruita e decisa dagli stessi giudici, intende, non dalle istesse persone, ma dal medesimo tribunale: siffatta osservazione fatta da Thomines Desmazures, in seguito di una decisione della Corte di cassazione del 23 novembre 1824 (*Sirey*, *t* 25, *p.* 170), non ammette alcuna difficoltà.)]

TITOLO VI.

Regole generali della esecuzione forzata delle sentenze ed atti.

ART. 545 + 635.

[1798 bis. *Affinchè il cessionario di un titolo esecutivo possa dargli esecuzione, è necessario che produca un atto di cessione rivestito della formola esecutiva?*

No; e neppure è necessario che l'atto di cessione sia notificato col precetto, purchè lo fosse stato anteriormente, ovvero accettato dal debitore: basta una semplice menzione di quest' atto.

In fatti, la notificazione del trasferimento non è richiesta dalla legge che per sequestrare il cessionario: eseguita una volta tal notificazione, il cessionario subentra nei dritti del creditore originario, e non è più soggetto ad adempiere che le formalità alle quali il suo cedente sarebbe stato sottoposto. D'altronde, il titolo esecutivo contro il debitore non è la cessione, la quale per parte sua non contiene alcuna obbligazione. Conseguita da ciò che soltanto il titolo obbligatorio dev'esser rivestito della formola esecutiva.

In tal modo, e per questi motivi, giudicò la corte di Tolosa il dì 11 gennaio 1831 (*Gior. de' pat., tom.* 41, *pag.* 435) Nella stessa guisa si pronunziò la corte di Nimes il 2 luglio 1868 (*Gior. de' pat. tom.* 12, *pag.* 557). Ved la nostra quist. 2202.]

[1898 ter. *Il creditore surrogato legalmente o convenzionalmente, può forse procedere contro il debitore con tutt' i mezzi che appartengono al primo creditore?*

Avendo deciso nella precedente quistione, che il cessionario sotto firma privata ha tutt' i dritti del suo cedente, implicitamente ci pronunziammo sulla quistione in disamina.

In fatti, perchè rifiutare al creditore surrogato tutt' i dritti di colui al quale egli ha pagato? Che cosa interessa al debitore che procedasi contro lui da Pietro o da Giacomo? Esiste contro lo stesso un atto autentico, la cui esecuzione non può evitarsi; ma la sola cosa che si può dimandare si è che colui il quale procede o in suo nome, o come mandatario, o cessionario, o surrogato, abbia capacità ad esigere, affinchè il debitore pagando o soddisfacendo possa far cessare qualunque specie di procedura.

In tali sensi si pronunziò la Corte di Bordeaux, il 18 giugno 1835 (*G. de'P. tom.* 50, *pag.* 154) decidendo che il latore di una lettera di cambio il quale ha soddisfatto l'ammontare dietro la sentenza di condanna pronunziata contro il sottoscrittore, ha dritto a dimandare che questa sentenza sia renduta ese-

cutiva a' suo vantaggio, quantunque non vi avesse avuto parte.]

[1898 quater. *Il precetto notificato per giungere ad una esecuzione; dee' essere munito del mandato esecutivo o di qualunque altro che indica esser fatto in nome della forza pubblica?*

Fu ritenuta l' affermativa dalla Corte di Besançon; il 13 maggio 1813 (*G. de' P.° tom.* 12, *pag.* 586); e di Orleans, a' 11 gennaio 1819 (*G. de' P.° tom.* 12, *pag.* 523). Ma queste decisioni sembranci contrarie a' più elementari principi. La legge non esige la formola esecutiva che sopra un titolo da eseguirsi. La notificazione che si fa di questo titolo, con l' ordine di pagare, non è che un atto di usciere che non ha bisogno di questa formalità, e che, per sua natura, non dee neppure contenerla.

Laonde il sistema delle Corti di Besançon e di Orleans, fu rigettato dalla Corte di Bordeaux, li 24 novembre 1829 (*G. de' P. tom.* 38, *p.* 130.)

Ma il precetto sarebbe nullo se la copia del titolo rilasciata al debitor pegnorato non contenesse per intiero quella della formola esecutiva; Besançon, li 18 marzo 1808, Brusselles, li 16 febbraio 1809; Riom, li 25 maggio 1813 (*G. de' pat. tom.* 20, *pag.* 133, *e* 182).]

[1898 quinquies. *Allorchè dal pubblico depositario fu rilasciata una seconda spedizione del titolo autentico, basta per esser eseguibile, che sia rivestita della formola esecutiva?*

No, ma è necessario ancora che questa seconda spedizione sia rilasciata con tutte le formalità e condizioni prescritte, tanto dagli art. 844 e 845 † 927 e 928 del codice di procedura, se si è smarrita la prima spedizione, quanto dall' art. 4 dell' ordinanza del 30 agosto 1815, se in uniformità di questa ordinanza vien richiesta la seconda copia.

Non avendo adempito a tale formalità, il possessore della seconda spedizione non sarà ammesso a formarne base di una esecuzione, come giudicò la corte di cassazione, il 23 agosto 1826 (*G. de' pat. tom.* 32, *pag.* 196), e la corte di Metz, il 6 febbraio 1819 (*G. de' pat. tom.* 17, *pag.* 67); a meno che questa seconda spedizione non fosse stata fatta sotto l' impero delle antiche leggi, le quali non prescrivevano le stesse condizioni; Bourges, 3 marzo 1827 (*G. di questa corte*, 1827, *pag.* 243).]

[1898 sexies. *Si può forse eseguire in virtù di una copia della spedizione di una sentenza? Il presidente del tribunale di prima istanza può rendere questa copia esecutiva?*

Noi trattammo e risolvemmo queste due quistioni nel 1828 in un consulto che inserimmo nel Giornale de' patrocinatori, tom. 34, pag. 251. Eccolo testualmente.

« Una sentenza renduta dal tribunale di Bèziers, a favore degli eredi Castagnè, condannò Massip al pagamento della sorte principale con le spese, e nello stesso tempo liberò dal pagamento anche delle spese i sig. Flottes e d'Aureillan. Quest'ultimi avendosi fatta spedire una copia esecutiva della sentenza, la notificarono agli eredi Castagnè con precetto per ripetere le spese. La copia notificata fu presentata al Presidente del tribunale di Saint Pons, il quale emanò una ordinanza munita del mandato esecutivo col permesso di eseguire contro Massip. Un sequestro presso terzo ebbe luogo; dimandasi se Massip può farne pronunziare la nullità?

Il sotto scritto consiglio, veduta la presente memoria, avvisa che non vi era luogo di procedere ad un sequestro presso terzo, in virtù della copia notificata agli eredi Castagnè, quantunque munita dell' ordinanza del presidente del tribunale di Saint-Pons.

» A' termini dell' art. 551 † 641 del codice di procedura civile, non si procederà ad alcun sequestro mobiliare che in virtù di un titolo esecutivo; ed affinchè un titolo sia esecutivo deve presentare la stessa intestazione della legge (*Ved. l'art.* 545 † 635 *del codice di procedura civile*); ma questa condizione non basta; è necessario ancora che questo titolo sia *autentico* (*ved. gli art.* 2213 † 2119 *del codice civile* 696 † 785 *del codice di pro. civ.*). D'altronde ciò è quanto risulta dal motivo che un titolo deve esser munito della formola esecutiva.

« Epperò, dimandare se un sequestro presso terzo possa farsi in virtù della copia notificata della spedizione di una sentenza, suona lo stesso che dimandare se questa copia è autentica ed esecutiva.

» È forse autentica? Distinguiamo in quest' atto, ciò che dee far l' usciere da quel che altro non è se non enunciazione.

» La sola notificazione appartiene all' usciere: tal'è l' unico scopo dell' atto; e certamente ha avuto luogo una notificazione; il resto non

è che una enunciazione. Epperò, sotto questo rapporto, la copia della sentenza nulla ha di autentico.

» Similmente questa copia non è affatto destinata a far fede in giudizio; tal che se la minuta o la copia di prima edizione venisse a perdersi, non proverebbesi affatto con sicurezza la esistenza della sentenza presentando la copia notificata.

» Siffatta assertiva, che indubitatamente niun potrebbe contraddire, giustificasi d'altronde coll'art. 1335 + 1289 del cod. civ.

» Secondo questo articolo, le copie di prima spedizione fanno la stessa fede dell' originale: per lo che le copie che non sono di prima spedizione vanno sfornite del dritto di far fede, giusta le espressioni della legge che attribuiscono un tal carattere solamente alle copie di prima spedizione.

» Ma, andando più lungi, comprendesi che se le copie estratte sulla minuta di un atto, non lo furono dall' ufficiale pubblico, nella qualità di depositario delle minute, esse non potranno servire che come principio di pruova per iscritto; che anzi, perchè la copia in parola costituisca pure un principio di pruova per iscritto, bisognerebbe che fosse estratta sulla minuta e non sulla copia di prima spedizione.

» Finalmente, dice questo istesso articolo, le copie di copie potranno secondo le circostanze esser considerate come *semplice indizio* Ecco il vero carattere della copia, in virtù della quale vorrebbesi eseguire contro Missip. Essa potrebbe, nel bisogno, servire di semplice indizio, ma non fa alcuna fede, nulla avendo di autentico.

» In effetti, la differenza è grande tra questa copia e quella di prima edizione. Certamente anche quest'ultima è una copia, ma è rivestita di tutte le formalità che possono assicurare non solamente la esistenza della sentenza, ma benanche la esattezza della copia; essa va munita della firma del cancelliere depositario della minuta, collazionata, legalizzata al bisogno, bollata del suggello della cancelleria; finalmente è autentica, poichè è *rilasciata* dall' officiale pubblico *competente*.

Ma nulla garentisce la esattezza della copia notificata; per lo più illegibile, non correttamente scritta, non collazionata, potendo contenere una quantità di errori; senza essere neanche firmata dall' usciere come copia conforme; finalmente senza che egli abbia la qualità di *rilasciare* copia di una sentenza.

Quindi, la copia notificata agli eredi Castagnè non fa fede nè della esistenza della sentenza, nè, a maggior ragione, del suo contenuto; in conseguenza nulla ha di autentico, e manca della rigorosa necessaria condizione per esser esecutiva.

» È vero che questa copia conteneva la formola esecutiva, ma comprendesi che non basta che questa formola sia scritta da qualunque mano per produrre il suo effetto, fa d'uopo che emani dall' ufficiale che ricevè dalla legge il dritto di rendere un atto esecutivo, e certamente questo dritto non fu giammai conferito ad un usciere. Intanto la copia notificata è opera sua e non emana che da lui.

» Gli scrittori non adottano espressamente la proposizione da noi sviluppata; sebbene la trovino senza dubbio troppo chiara. E forse *superfluo*, dice Carrè, nel suo primo tomo, di far osservare che la spedizione di una sentenza non *fa fede* se non quando è firmata dal cancelliere. Ma la nostra teoria trovasi applicata in un esempio presentato da Pigeau, tom. 1, pag. 554. Trattavasi di un caso in cui fu pronunziata una condanna contro un garante e dimandavasi a chi si appartenesse il dritto di esigere una copia di prima spedizione, al garante, o al garentito. » Appartiene al garante, dice questo scrittore, poichè, se si concedesse al garentito, il primo *non potrebbe fare eseguire* la sentenza contro il secondo; ma però dal momento che l'avrà fatta eseguire, sarà *tenuto dirimettere la copia* al garentito, affinchè costui possa ripetere l'ammontare della condanna contro il garante. » Similmente il garentito per eseguire contro il garante, ha bisogno della copia di prima spedizione; epperò non può farlo in virtù della copia della sentenza che gli è stata notificata.

» Secondo Berriat Saint Prix, pag. 606, alla nota, » *aveasi un tempo il sistema* di permettere la esecuzione sulla copia notificata di una spedizione. Nè questo scrittore soggiunge altra cosa in rapporto a ciò; sebbene risulti evidentemente dalle espressioni di cui si serve, che questo sistema un tempo ricevuto non sarebbe più, secondo lui, tollerabile oggidì.

» Finalmente, la opinione di non potersi procedere ad alcuna esecuzione in virtù della copia sembra non esser stata impugnata da alcuno; è riconosciuta dal presidente istesso del tribu-

nale di Saint Pons poichè credè necessario munire della sua ordinanza la copia notificata. Adunque, propriamente parlando, l'ordinanza sarebbe esecutiva e non già la copia.

» Avremmo meno insistito su tale proposizione, se la sua dimostrazione non avesse in pari tempo stabilita la seconda, cioè, che l'ordinanza apposta sulla copia non può renderla esecutiva.

» In fatti, dimostrammo che la copia notificata non faceva fede, nè della esistenza della sentenza, nè del suo contenuto.

» In qual modo il presidente del tribunale di Saint Pons poteva ordinare la esecuzione di una sentenza la cui esistenza stessa non gli era dimostrata, in virtù di una copia che non può giammai servire che di semplice indizio? In qual modo poteva rendere esecutiva questa copia, che nulla attestava esser una copia fedele, forse piena di errori gravissimi, ed in cui l' ammontare delle condanne poteva essere benanche l' oggetto di uno di questi errori?

» Assumeva quindi su di se medesimo la risponsabilità di tutte le conseguenze risultanti dalle inesattezze di una copia alla quale la legge non obbligavalo di aggiustarvi fede; considerazione fortemente sostenuta dalla circostanza che, nella specie, neanche la firma dell' usciere era legalizzata.

» Del resto, i casi in cui puossi eseguire in seguito dell' ordinanza di un presidente sono particolarmente determinati dalla legge. Tali casi sono eccezionali, e questo potere non può estendersi ad altri.

» Che se un presidente avesse il dritto di rendere esecutivo un'atto che non fosse nè autentico, nè esecutivo, ove si arresterebbe questa facoltà?

» In vano opporrebbesi che, nella specie, trattasi unicamente delle spese, e che un presidente può firmare un mandato esecutivo per le medesime.

» A ciò due risposte.

» 1. Benchè l'oggetto della procedura fosse quello di ripetere le spese, l' atto che trattavasi di eseguire non era affatto un mandato esecutivo di spese, vale a dire, un atto contenente liquidazione delle spese, a separato dalla sentenza. Epperò le regole parziali al mandato esecutivo non sono affatto applicabili alla specie.

» 2. Supponendo che fossero applicabili, bisognerebbe seguirle e non violarle; or spetta al tribunale che pronunziò la sentenza, e non ad un tribunale straniero, il dritto di concedere un mandato esecutivo di spese.

» Finalmente, se l' art. 554 + 644 autorizza il tribunale del luogo a frammettersi nella esecuzione di una sentenza che gli è estranea; questa facoltà è accordata al tribunale, e non al solo presidente, consistendo essa nel pronunziare sopra difficoltà elevate relativamente alla esecuzione, ma non già nell' ordinare questa esecuzione, allorchè il titolo non è eseguibile.

» Conchiudiamo dunque da questi diversi ragionamenti, che nè la copia, nè l' ordinanza erano eseguibili ».

Nullameno la Corte di Tolosa giudicò, il 17 decembre 1829 (*Sirey*, *t.* 30, *p.* 104) che le Corti ed i tribunali possono, mediante apposite ordinanze, permettere la esecuzione delle loro decisioni sulla copia delle stesse notificate al patrocinatore; e tale spesso è il sistema adottato da questa Corte.

Noi abbiam vituperato tal consuetudine quistione 2198 (*Vedi la nostra quistione* 1557 *relativamente al termine per appellare.*)].

[1898 septies. *E forse necessario per la regolarità delle procedure che la copia notificata riproduca esattamente tutte le formalità richieste benanche per la copia di prima edizione dell' atto?*

In materia di citazione, dicemmo, sotto lo art. 61 +153, alla quist. 327, che la copia tien luogo di originale a colui che l' ha ricevuta, il quale può anche avvalersi delle nullità che essa contiene, ancorchè l'originale sia perfettamente regolare.

È lo stesso forse in materia di spedizione dell' atto esecutivo?

La corte di Besançon si pronunziò per l'affermativa, decidendo, il 25 luglio 1814 (*G. de' P. tom.* 15, *pag.* 112), che la copia della spedizione di una sentenza che non fa menzione della firma del cancelliere è nulla, ancorchè la spedizione fosse firmata.

Ma la negativa risulta da tre decisioni della corte di cassazione che ritennero valide, il giorno 24 maggio 1821 (*G. de' P.*, *tom.* 23, *pag.* 494), e 16 agosto 1836 (*G. de' P. pag.* 582, *tom.* 53), le copie di spedizione che non menzionavano affatto nè la firma del cancelliere soltanto, nè quella del presidente e del can-

celliere unitamente; come pure, il 28 marzo 1825 (*G. de' P. tom.* 29, *pag.* 481), una copia di sentenza che non conteneva la menzione di essersi pronunziata pubblicamente, trovandosi per altro tale menzione sulla copia di prima edizione che producevasi.

Sì fatta differenza con la teoria universalmente professata in materia di citazione, tende senza dubbio a far che la citazione, essendo l'opera di una delle parti e trovandosi destinata a creare o a conservare i suoi dritti rispetto dell'altra, è essenziale che questa specie di contratto forzoso sia passato in qualche maniera in doppio originale; nel mentre che la copia di prima edizione esecutiva, essendo l'obbligo di un pubblico ufiziale delegato a tale oggetto dalla legge, contiene in se medesimo tutto ciò che vi bisogna di forza e di autenticità per produrre i risultamenti a' quali va destinata, senza che l'esercizio ne possa essere paralizzato dalla irregolarità di una copia.

Vedi nullameno ciò che decidemmo nella quistione 2204, al titolo del *pignoramento degl' immobili.*]

[1898 octies. *Possono forse eseguirsi atti giudiziari senza esser muniti del mandato esecutivo?*

Che sì; sono queste le ordinanze dell'udienza de' rapporti di cui è parola nell' art. 811 ┼ 894 del codice di proc. civ.

Tali ordinanze, ne' casi di urgenza e di assoluta necessità, potendo esser eseguite sulla minuta, purchè ne contengono la forma e le disposizioni, è chiaro non esser necessaria la formola esecutiva; poichè questa formola non può esser apposta che dal Cancelliere e sulla spedizione.

Ma fa d' uopo osservare che tale eccezione è la sola che sia ritenuta dal codice; siccome decidemmo nella quist. 598 ter.]

ART. 546 ┼ 636.

[1899 bis. *Qual' è, in Francia, l'effetto di una legge o di una sentenza straniera che regola lo stato e la capacità civile delle persone straniere?*

Nella quist. 1899 ci occupammo a determinare l'effetto delle sentenze straniere, pronunziate su controversie ordinarie; difatti le difficoltà in materia di leggi risguardanti lo stato personale, sembrano dover essere risolute con principi differenti. Se, in virtù dell'art. 3 del codice civile, le leggi relative allo stato ed alla capacità delle persone seguono i Francesi anche presso lo straniero, non avvi ragione perchè la reciprocanza non sia ammessa in riguardo allo straniero residente in Francia. Tale teoria, ch'è quella di Merlin, Repert. alla parola *Legge*, § 6, fu consacrata dalla corte di Parigi, il 13 giugno 1814. (*G. del Pal.*, *ediz.* 3.ª *tom.* 12, *pag.* 256); pur tuttavia la stessa corte, il 10 gennaio 1836 (*Devill. t.* 36, *p.*70) ragionevolmente decise ch' essa non era applicabile ad atti politici, i cui effetti non sono regolati dal dritto civile. Il tribunale della Senna (*Devill. nello stesso luogo*) parve voler stabilire un' altra distinzione tra lo statuto che in un modo perpetuo, o semplicemente temporaneo, risguarda persone che le son sottoposte, ed assoggettare quest'ultimo alla revisione dei tribunali francesi; ma questa è una distinzione arbitraria, che la corte si è ben guardata di riprodurre; lo statuto per solo motivo ch'è in vigore, produce sempre gli stessi effetti, qualunque sia il tempo della sua durata.

Relativamente alle sentenze che regolano lo stato e la capacità civile delle persone, la regola da noi ammessa nella detta quistione 1896 deve qui produrre il suo effetto; e l'art. 121 dell' ordinanza del 1629 non facendo alcuna distinzione tra le diverse specie di decisioni emanate da giurisdizioni straniere, sembra ancora che la necessità della revisione sia tanto più rigorosa, in questo caso, in quanto che le quistioni sono di maggiore importanza, e più delicata è l'applicazione delle leggi che le regolano.]

[1900 bis. *Delle sentenze pronunziate nei regni stranieri, in materia commerciale, potrà forse, in Francia, dimandarsene la esecuzione dinanzi i tribunali di commercio?*

La corte di Bordeaux, a' 25 febbraio 1836 (*G. de' P. tom.* 51, *pag.* 532), rifiutò a' tribunali il dritto di conoscere delle controversie nate sulla esecuzione di simili sentenze, percicchè queste discussioni potrebbero far sorgere quistioni di dritto pubblico e di sovranità estranee alla loro giurisdizione, e che, d'altronde, son relative alla materia della esecuzione delle sentenze, di cui i tribunali di commercio non posson conoscere, ancorchè risguardassero le loro proprie sentenze. La prima di queste due ragioni vien meno dinanzi la

considerazione che noi sopponiamo una discussione la quale, surta per la prima volta in Francia, rientrerebbe nella competenza dei giudici consolari, poichè, ogni eccezione estranea alla competenza dei giudici di commercio dev'esser rinviata dinanzi i giudici civili, siccome in generale decidemmo nella quistione 1527. La seconda ragione, presentata dal nostro onorevole collega Billequ n; nelle sue osservazioni sulla citata decisione di Bordeaux, non sembraci meglio fondata a fronte de' principi sviluppati sulla quistione 1899; che se infatti la esecuzione della sentenza pronunziata presso lo straniero suppone una novella discussione preliminare al merito, è chiaro che questa discussione non può aver luogo che dinanzi il tribunale di commercio; ed il tribunale civile sarebbe benanche materialmente incompetente per conoscerne, tranne però, laddove si elevassero in prosieguo delle difficoltà sulla esecuzione della sentenza, di farle discutere innanzi i tribunali civili, come per tutte quelle che emanano dalla stessa giurisdizione; e questo nostro avviso fu ammesso dalla corte di Montpellier, li 8 marzo 1822 (*G. de' P., tom. 24, pog. 76*).]

ART. 550 + 640.

[1906 bis. *Le sentenze eseguibili provvisionalmente, le quali ordinano un pagamento a farsi da un terzo possono sempre eseguirsi a favore o contro questo terzo, non ostante appello?*

Evidentemente sì, poichè lo scopo della legge, nell'esigere talune condizioni per garentire la sicurezza della esecuzione de' terzi, si è d'impedire che questa esecuzione abbia luogo malgrado l'effetto sospensivo della opposizione o dell'appello; in una parola, l'art. 548 + 638 è fondato esclusivamente sul principio che l'appello e l'opposizione sono sospensivi.

Laonde quest' articolo deve subire una eccezione ogni qual volta lo stesso principio che si vuol applicare la subisce. Or, l'appello non è sospensivo allorchè la sentenza pronunziò la esecuzione provvisionale, e quindi l'art. 548 non ha alcun rapporto alla esecuzione di una simile sentenza.

Per qual motivo interessa al terzo di conoscere se un appello siasi oppur no interposto? affinchè non si metta in opposizione con l'effetto sospensivo che risulta da tale appello. Ma se la sentenza è di natura tale che l'appello non possa produrre la sospensione, il terzo non ha più interesse a conoscerlo.

L'esecuzione che in tali circostanze spingerà innanzi sarà perfettamente uniforme allo spirito della legge e della sentenza; a meno che non gli si presenti una sentenza rivocata, sia nel merito, sia nella disposizione che pronunzia la esecuzione provvisoria. Ma questo è un genere di frode contro di cui la legge non gli accorda alcun mezzo per premunirsi, e di cui non può conseguentemente esser responsabile; spetta alla parte che ne sarà la vittima prendere in tal circostanza le sue precauzioni, facendo notificare al terzo tanto la decisione diffinitiva di rivocazione, che quella che ne sospende la esecuzione.

Ma la sola esistenza dell'appello e del gravame d'inibizione, non producendo questa sospensione, è debito del terzo uniformarsi alla sentenza eseguibile non ostante appello.

Nè gl' inconvenienti che posson risultare da tale esecuzione provvisoria, nel caso in cui la cosa non è riparabile nel diffinitivo, costituiscono una seria obbiezione contro la nostra teoria. Poichè quest' inconvenienti appartengono ad ogni esecuzione provvisionale, sia che abbia luogo contro i terzi, sia contro le stesse parti. Il legislatore non li ha creduti sufficienti per cancellare questo genere di esecuzione dalle nostre leggi; fa d'uopo quindi ritenerlo nell' uno e nell' altro caso.

Citammo (*ved. la quist.* 578 *bis*) la decisione contraria della Corte di Pau ed il consulto di Achille Morin, aggiungeremo ora che il 21 agosto 1839 (*G. de' P., t.* 1, *del* 1841, *pag.* 428), la Corte di Bordeaux consacrò la nostra opinione, che sembra pure adottata da Thomines Desmazures, tom. 2, pag. 50.

Questo disparere tra le corti rende ben difficile la posizione del terzo, poichè, se egli esegue, la corte di Pau lo rende risponsabile, se non esegue, la corte di Bordeaux lo condanna alle spese del giudizio, e secondo le circostanze, ai danni ed interessi.

La corte di cassazione non sarebbe chiamata a porre un termine a tale incertezza?]

[1906 ter. *Se il terzo conoscesse la opposizione o l'appello, con altro mezzo diverso da quello indicato dall'art.* 548, *potrebbe forse eseguire?*

Noi ci avvisiamo, con Thomines Desmazu-

res, tom. 2, pag. 50, e Pigeau, com. tom. 2, pag. 144, che l'art. 548 è destinato ad introdurre una forma più semplice e meno dispendiosa, ma nulla impedisce alla parte, che non avesse fatto inserire il suo appello sul registro della cancelleria, di farlo notificare con citazione al terzo, al quale appartiene la esecuzione; e che l'obbligherà benanche a sospenderla.]

[1906 quater. *Se nel momento in cui si adempiano, rispetto al terzo, le condizioni dell' art. 548 trovasi egli munito di nuove opposizioni al pagamento, fatte ad istanza di altri creditori, potrà forse rifiutarsi di eseguire la sentenza?*

Sì che lo potrà; dappoichè le precanzioni dell'art. 548 non lo mettono in salvo se non relativamente alla parte condannata. Adunque egli è antorizzato a sospendere, in questo caso, anche quando fosse stato pronunziata la esecuzione provvisoria. Nè spetta a lui a costituirsi giudice della preferenza tra i creditori. Tal' è l'opinione di Thomines Desmazures, tom. 2 pag. 50.]

[1909 bis. *Bisogna forse menzionare sul registro di cui parla l' art. 549 ogni specie di opposizione o appello? è necessario produrre i certificati prescritti dall' art. 548 per qualunque specie di esecuzione?*

Basta leggere gli articoli in disamina, per convincersi che non son relativi se non alle sentenze le quali ordinano qualche cosa a farsi da un terzo.

Epperò, l'appello e l'opposizione di una sentenza la quale non è eseguibile se non contro la parte condannata, non dev' esser menzionata sul registro; nè è necessario alcun certificato per eseguire la sentenza direttamente contro di questa istessa parte, come giudicò la Corte di Besançon, il 21 marzo 1827 (*G. de' P. tom.* 33, *pag.* 380.)]

[1909 ter. *Se sorgono difficoltà sulla esecuzione, direttamente col terzo, a chi spetta risolverle?*

È necessario, come decise la Corte di Parigi, il 23 agosto 1834 (*G. de' P. tom.* 49, *p.* 715), di seguire le regole indicate dall'art. 472 + 536 che spiegammo a suo luogo.]

[1909 quater. *Le procedure cominciate contro un terzo debbono esser annullate, se non siasi notificata in fronte del primo atto la copia del certificato richiesto dall' art.* 548?

Questa quistione venne diversamente risoluta con due decisioni. La Corte di Parigi decise la negativa, il 24 febbraio 1825 (*G. de' P. tom.* 31, *pag.* 350); ma la Corte di Colmar preferì l'affermativa, il 7 marzo 1835 (*G. de' P. tom.* 48, *pag.* 313). Dobbiamo far osservare che la Corte di Parigi condannò alle spese di prima istanza il creditore istante; in quanto a noi propendiamo ad aver per valide le procedure, allorchè il terzo persiste a non eseguire, ed annullarle, quando al momento che producesi il certificato, il terzo si affretti ad obbedire alla sentenza del giudice.

Non è giusto che la procedura protegga i cavilli.]

ART. 552 + 624.

[1913 bis. *Perchè l' art. 552 si serve di queste espressioni: per oggetto* SUSCETTIBILE *di liquidazione?*

Si è perchè nel numero degli oggetti pe' quali può praticarsi l'arresto personale, e che sono enumerati dall'art. 2060 + 2054 del cod. civ. ve ne sono di quelli che non sono suscettibili di valutazione materiale, per esempio, il caso in cui l'arresto è esercitato contro un notaio, contro un ufficiale ministeriale per restituzione di titoli che gli sono stati confidati. La legge non poteva esigere liquidazione in simili casi, e la parola *suscettibile* è destinata ad escluderli dalla disposizione.]

[1918 bis. *Fa d' uopo forse che la procura sia autentica o registrata? L' usciere è forse obbligato di presentarla al debitore, di notificargliela o di farne menzione nel suo processo verbale? A qual epoca deve rimontare siffatta procura? In qual modo deve distendersi?*

Favard de Langlade, tom. 2, pag. 479, n. 8 cita segnatamente due arresti della corte suprema, uno de' 12 luglio 1814 (*G. de' pal. tom.* 20 *pag.* 380); l'altro de' 15 aprile 1822 (*G. de' pal. tom.* 24 *pag.* 103), da' quali testualmente risulta non essere necessario che l'usciere abbia una procura autentica o con data certa, anteriore al pignoramento o all' arresto personale, ed essere sufficiente una procura in iscrittura privata, la cui data sia anteriore a questi atti, e venga dall' usciere esibita alla prima richiesta.

Si possono benanche, nello stesso senso, consultare gli arresti della corte di cassazione, 10 agosto 1814 (*G. de' pal. tom.* 20, *pag.* 240);

24 gennaro 1814 (*G, de' pat. t.* 8 , *p.* 625); di Rennes , 12 luglio e 9 agosto 1809 (*ibidem*); di Bourges, 14 aprile 1815 (*G. de'pat. tom.* 20, *pag.* 240); di Rennes , 20 febbraio 1817 (*G. de' pat. tom.* 20 , *pag.* 484) e di Orleans , 6 dicembre 1833 (*G. de' pat. t.* 46, *pag.* 143). Una sola decisione della corte di Orleans, 4 novembre 1812 (*G. de' pat. tom.* 8, *pag.* 627), richiese a pena di nullità il registro della procura di cui dev' essere munito l' usciere per procedere all' arresto del debitore. Coffinières (*G. de' pat. tom.* 20, *pag.* 238) e Persil , quist. tom. 2 , pag. 319 , inclinano per questa opinione che sembra più uniforme alle regole, nel senso cioè , che quando la procura è presentata dopo il pignoramento, il registro soltanto sarebbe il mezzo per contestare la sua esistenza all' epoca in cui fu fatto il pignoramento. Epperò , ad evitare qualunque difficoltà, noi consigliamo di farla rivestire del registro in tempo opportuno.

A solo oggetto di procedere al pignoramento degl' immobili, e non già per notificare il precetto che lo precede, deve l' usciere essere munito di una procura speciale , siccome fu ritenuto dalla corte di cassazione , ai 12 marzo 1813 (*G. de' pat. tom.* 13 , *pag.* 211) , e da quella di Besançon, ai 16 dicembre 1812 (*G. de' pat. tom.* 20, *pag.* 264).

Nulladimeno , ed in conseguenza del principio sopra stabilito, cioè, che tale procura dev' essere presentata dopo richiesta fattane dal debitore, bisogna decidere di non esser l' usciere obbligato a farne menzione nel processo verbale di pignoramento, nè, a maggior ragione, di notificarla prima di agire ; Montpellier, 19 giugno 1807 (*G. de' pat. tom.* 8 , *pag.* 503); Besançon, 18 marzo, 1808 (*G. de' pat tom.* 28, *pag.* 133) ; Parigi, 29 agosto 1814 (*G. de' pat. tom.* 20, *pag.* 425); Metz , 16 luglio 1813 (*G. de' Pat. tom.* 20, *pag.* 407) ; Cassaz. 4 ottobre 1814 (*G. de'pat. tom.* 20, *pag.* 431) ; e 12 gennaio 1820 (*G. de' pat. tom.* 20, *pag.* 408); e Rennes, 24 agosto 1816 (*G. di questa corte*, *tom.* 4 , *pag.* 589) ; Vedi la nostra quist. 2223.

Per rispetto al tenore di questa procura, essa non dev'essere equivoca ; ma bisogna che contenga positivamente il mandato di procedere al sequestro degl'immobili o all'arresto personale. Importa poco che sia in bianco, laddove l' usciere latore di essa l' abbia egli stesso riempita nel principio degli atti di procedura ; Riom, 7 maggio 1818 (*G. de' pat. tom.* 20 , *pag.* 521); ovvero che uno o più mandati relativi ad altri affari vi si trovano compresi , purchè però quello per pegnorare o per arrestare vi sia chiaramente specificato ; Parigi , 2 agosto 1814 (*G. de'pat.*, *tom.* 20, *pag.* 425). Una decisione della corte di Nimes de' 30 maggio 1812, contro la quale fu inutilmente prodotto ricorso per annullamento (*arresto di rigettamento de'* 4 *ottobre* 1814; *G. de' pat. tom.* 20, *p.* 431) , dichiarò che la procura data per procedere ad un pignoramento , al quale siasi in prosieguo rinunziato , è sufficiente per procedere ad un novello pignoramento. Bisogna però fare una distinzione: se l'attore abbia desistito per difetto di rito , lo stesso usciere , in forza della stessa procura , potrà fare un pignoramento che sarà per così dire sostituito al primo ; ma se la rinunzia ha per motivo una transazione condizionata fra l' attore ed il debitor pignorato, l'ulteriore pignoramento sarà un pignoramento novello per lo quale sarà necessaria una novella procura. Si opporrà forse, in mancanza di una nuova procura, che il modo più positivo che abbia il mandatario di metter fine al mandato , è certamente quello di adempierlo; e che quello ricevuto dall'usciere, trovandosi adempito dal primo pignoramento, tale mandato non avea potuto rivivere senza che il mandante ne avesse novellamente manifestata la sua intenzione.

Potrebbesi dubitare ancora se fusse sufficiente la procura , laddove contenesse l' incarico di eseguire il titolo, *in tutt' i modi esecutivi*. È questa la specialità che, secondo il nostro articolo, deve costituirne il carattere. Pertanto la corte di Brusselles, ai 13 giugno 1807 (*G. de' pat. tom.* 8 , *pag.* 501) dichiarò che una siffatta procura è valida per procedere all' arresto personale; poichè, stà detto nella decisione, qualunque altra specie di mandato sarebbe stato inutile per una esecuzione diversa da un pignoramento d'immobili o dall'arresto personale.

Del rimanente, ai termini dell'art. 2008 + 1880 del codice civile, quantunque il mandato naturalmente finisca colla morte del mandante , ciocchè il mandatario ha fatto nella ignoranza di questa morte non cessa di esser valido. Laonde, l' usciere di commercio può procedere all' arresto personale del debitore, in virtù

della procura del creditore defunto, del quale ignora la morte; Parigi, 13 febb. 1826 (*G. de' pal. tom.* 31, *pag.* 166).

Ma è chiaro che l'arresto personale operato da un usciere che ha sostituito il suo nome a quello di un altro usciere, nella procura speciale del creditore, è radicalmente nullo: Rouen 4 feb. 1819 (*G. de' pal. tom.* 8, *pag.* 673).]

ART. 556 + 646.

[1918. ter. *L'autorizzazione speciale richiesta dell' art. 556 può esser validamente accordata da un mandatario generale del creditor pignorante; ancorchè il mandatario non abbia egli stesso ricevuto l' autorizzazione particolare per concederla all' usciere?*

« Sì, diceva Carrè nella sua nota *giurisprudenza*. I motivi di questa opinione, contenuti in una decisione della Corte di Parigi del 28 decembre 1820 (*Sirey*, *tom*, 21, *parte* 2 *pag.* 3, *e G. de' P. tom.* 20, *pag.* 407) sono: che in conseguenza dell'autorizzazione generale ricevuta dal creditor pignorante il mandatario ha il dritto di fare tutti gli atti di amministrazione che sono nell'interesse del mandante; che quest' ultimo ha interesse affinchè il mandante ricuperi le somme che gli son dovute; che uno de' mezzi di ricuperarle può esser quello di adoperare il pignoramento degli immobili; e che il mandatario ha da quel momento il dritto di far pegnorare immobiliarmente, ed in conseguenza di dar all'usciere il potere speciale a tal oggetto richiesto. »

Noi dividiamo questa opinione.]

Fine delle quistioni aggiunte al 3. volume.

INDICE

DELLE MATERIE CONTENUTE NEL TERZO VOLUME.

PARTE PRIMA — LIBRO SECONDO

LIBRO QUINTO

LIBRO QUARTO

LIBRO QUINTO

TITOLO I.

TITOLO II.

TITOLO III.

TITOLO IV.

FINE DELL' INDICE.